كتاب القضاء

شرح تبصرة المتعلمين

الفقيه المحقق الشيخ ضياء الدين

العراقي قدس سره الشريف

بسم الله الرحمن الرحیم

كتاب القضاء

كاتب:

ضياءالدين عراقى

نشرت فى الطباعة:

مجهول (بى جا ، بى نا)

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

کتاب‌القضاء

اشارة

سرشناسه : عراقی، ضیاءالدین، ۱۲۴۰ - ۱۳۲۱.
عنوان و نام پدیدآور : کتاب‌القضاء/ تالیف ضیاءالدین العراقی.
مشخصات نشر : [بی‌جا: بی‌نا]؛ (نجف: المطبعه‌العلمیه)، ۱۴ق.= ۱۳.
مشخصات ظاهری : ۱۶۰ص.
وضعیت فهرست نویسی : برونسپاری
یادداشت : عربی.
یادداشت : عنوان روی جلد: کتاب‌القضاء: ویتلوه رساله فی تعاقب‌الایدی.
عنوان روی جلد : کتاب‌القضاء: ویتلوه رساله فی تعاقب‌الایدی.
موضوع : عراقی، ضیاءالدین، ۱۲۴۰ - ۱۳۲۱. -- نظریه درباره قضاوت
موضوع : قضاوت -- جنبه‌های مذهبی -- اسلام
رده بندی کنگره : BP۱۹۵/۱/ع۴ک۲ ۱۳۰۰ی
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۵
شماره کتابشناسی ملی : ۳۰۶۷۵۴۳
ص: ۱

اشارة

↨
ص: ۲
↨
ص: ۳

تعريف القضاء

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

و هو لغة لمعان كثيرة، يمكن إرجاع بعضها الى بعض، إذ منها: الحكم، الممكن إرجاعه إلى الحتم أو الفراغ، من جهة تسجيل الحق على المدعى عليه، أو بملاحظة فراغ الخصومة بينهما.

و اصطلاحا عرفوه بالولاية على الحكم، نظرا الى ظهور تعلق الجعل به فى كونه من الأمور الجعلية، مضافا الى كفاية هذا المقدار فى صدق القاضى، و لو لم يتلبس بعد بالقضاء أصلا.

و لكن يمكن أن يقال، بان مجرد صدق القاضى بمجرد الجعل، لا يقتضى كون المبدأ فيه، السارى فى المصدر أيضا بمعنى

الولایة المزبورة. إذ ربما تکون الهیئة الاشتقاقیة مقتضیة لتوسعة فی النسبة الملازمة لجهة الولایة علی الحکم، غیر المانع من بقاء المبدأ علی معناه العرفی أو اللغوی، من الحکم الفعلی الحقیقی. و لذا لم

↕

ص: ۴

یتوهم أحد فی لفظ الحکم معنی الولایة، و مع ذلک جعل عنوان الحاکم موردا للجعل و صادقا بمجرده.

و من هذا الباب الفرق بین عنوان التجارة و التاجر، المعلوم کفایة مجرد شأنیته لها فی صدق الاشتقاق، بلا کفایة ذلک فی صدق المبدأ الساری فی غیره، فیکشف ذلک عن انه من جهة توسعة فی مدلول الهیئة، لا أنه من جهة اختلاف فی مفهوم المادة.

و مرجع ما ذکرنا فی الحقیقة إلی الالتزام بتوسعة فی دائرة التلبس الفعلی، لا الالتزام بتوسعة فی المفهوم، الصادق حتی علی المتلبس سابقا، کی یکون خلاف التحقیق.

و علیه فما یظهر من أستاذنا العلامة- قدس سره- فی أمثال هذه المقامات من التصرف فی المبدأ، المعروض لخصوص هذه الهیئة الاشتقاقیة، منظور فیه.

کیف و أصالة عدم نقل المادة الساریة فی سائر الهیئات، یقتضی بقاءها علی معناه الحقیقی المساوق لعنوان الحکم.

موضوع وجوب القضاء

و علی أی حال لا إشکال عندهم فی وجوب القضاء کفایة، مع التعدد لمن له الأهلیة، و عینا مع عدمه.

و قبل الخوض فی شرح وجهه، فلنقدم الکلام فی موضوع الوجوب، من انه نفس الحکم أو تولی مجلس القضاء، أو تحصیل الولایة من قبل المقدمات المتمشیة من قبله.

↕

ص: ۵

ظاهر کلماتهم فی جعل القضاء عبارة عن الولایة علی الحکم، یقتضی کون موضوع الوجوب ذلک، کما ان ظاهر استدلالهم بأمر داود (ع) بالحکم بالحق §فی قوله تعالی «یا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِیفَةً فِی الْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ» سورة ص: ۲۶.

§ یقتضی کون الموضوع هو نفس الحکم، و ان التولی للقضاء بتحصیل أصل الولایة، من الاجتهاد و العدالة من مقدماته.

کما ان ظاهر استدلالهم بقوله: «ما قدست امة لم یؤخذ لضعیفها من قویها غیر متعتع» §الوسائل ج ۱۱ ص ۳۹۵ رقم ۹

§ وجوب التولی للقضاء.

و لکن یمکن أن یقال: انه- بعد الجزم بعدم استحقاقه بتفویت کل مرحلة من المراحل الثلاث إلا عقوبة واحدة- یوجب أن لا یکون فی البین إلا إرادة نفسیة قائمة بشیء واحد یکون هو الغرض الأصلی، من فصل الخصومات، و ان البقیة مقدمات لمثل هذا الغرض و متعلقة لإرادة غیریة، و بهذه الجهة لا یترتب علی تفویت جمیعها إلا عقوبة واحدة.

و بعد ذلک یبقی الکلام فیما هو مورد الخطاب الشرعی، هل هو تحصیل الولایة، و انه هو مورد التحمیل علی العبد، و ان البقیة أغراض للواجب النفسی الاصطلاحی، أو أن مورد التحمیل هی المراتب اللاحقة، و ان البقیة مقدمات الواجب و واجبات غیریة.

و مثل هذا النزاع لا ینتج للفقیه ثمرة عملیة، اللهم الا ان یقال بان الحکم و الفصل، الذی هو غایة الغایات، کان متعلقا للخطاب، فحیث إنه مشروط بالترافع و تمامیة المیزان عند القاضی، فمع الشک فی تحقق هذا الشرط یوجب

↕

ص: ۶

جريان البراءة عن بقية المقدمات، و لازمه جواز ترک كل أحد تحصيل المراحل السابقة، و ليس كذلک.

و مثل ذلک شاهد عدم كون الحكم تحت خطاب الشارع، بل لا بد ان يستكشف بان ما هو تحت الخطاب هو الولاية أو التولى، كى به يستكشف إنا تحقق سائر الأغراض، و ذلک من باب التمسک بالخطاب فى مورد الشک فى المخصص اللبى، و بذلک يجمع بين التزامهم بوجوب الإقدام فى المراحل السابقة مع الشک فى تحقق المراحل اللاحقة و عدم وجوبه مع الجزم بعدمه.

هذا و لكن الإنصاف ان ذلک لا يناسب وجود الخطاب بنفس الحكم، و ظهور كلماتهم أيضا بالتمسک به فى وجوبه، و عليه فلا بد من الالتزام بجواب آخر.

و حينئذ فيمكن تصوير آخر بالالتزام بوجوب كل مرحلة بنحو الترتب على المرحلة السابقة، إذ مثل هذا المعنى أيضا لا يقتضى إلا عقوبة واحدة، غاية الأمر لا بد أن يلتزم بكون إيجاب المرتبة السابقة مقدمة لحفظ الإيجاب المتوجه إلى المرتبة اللاحقة من قبله، لا من قبل سائر الشرائط المأخوذة فى وجوبها. نظير ما قيل فى الواجبات التهيئية، إذ لازم ذلک حكم العقل بوجوب التحصيل مع الشک من جهة الشک فى القدرة دون الجزم بالعدم.

و مع غمض العين عن الوجهين، فلا محيص عن الالتزام بإيجاب الاحتياط فى المراتب السابقة، و الا فلا محيص إما من الالتزام بإيجاب المرتبة السابقة مطلقا فيجب تحصيلها، و لو مع الجزم بعدم تحقق الشرائط فى المراتب اللاحقة، أو بإيجابها مشروطا بوجود الشرائط اللاحقة فى موطنها، فيلزم جواز تركها مع الشک فى تحققها.

و لا يلتزم أحد بكل واحد من الشقين كما لا يخفى.

↥

ص: ۷

دليل وجوب القضاء

نعم يبقى الكلام حينئذ فى دليل وجوبه، و لعل عمدة الوجه فيه هو دعوى الإجماع عليه، لو لا إنكار الجواهر فى بعض كلماته من منع دليل على وجوب القضاء ذاتا على غير الامام، و الا فمثل هذا أيضا يصير موهونا، فضلا عن سائر وجوهه، التى منها الفرار عن اختلال النظام، و منها مقدميته للنهى عن المنكر.

إذ لا يخفى ما فيهما، من منع الأول، لإمكان إحقاق الحقوق بطور آخر، و لزوم تضييع الحقوق على ما ذكرنا، ليس بأزيد من لزومه على فرض الجعل كما لا يخفى. و لمنع صدق المنكر قبل الحكم على من اعتقد صدق قوله من الطرفين، و مع الشک فيه أيضا لا يتحقق موضوع المنكر بالنسبة اليه، الا بعد قيام الحجة على بطلان مدعاه، و مع قيامها فيكفى ذلک فى تحقق موضوعه، و لو لم يكن حكم أصلا.

و أضعف مما ذكر، الاستدلال بأمر داود (ع) §سورة ص: ۲۶

§ أو أمر نبينا (ص) §سورة النساء: ۱۰۵

§ لعدم الملازمة، نعم فى المرسلة «ما قدست أمة لم يؤخذ لضعيفها من قويها» §الوسائل ج ۱۱ ص ۳۹۵ رقم ۹ و الحديث صحيح فى حكم المسند لأن المرسل ابن ابى عمير عن جماعة من أصحابنا.

§ و لكن يمكن حمله أيضا على الأخذ بعنوان عون الضعيف لا بملاک فصل الخصومة، و لعل مثل هذا التعبير أيضا مشعر بكراهته لا حرمته فتأمل.

ثمَّ انه على فرض وجوب القضاء لإجماع أو غيره، قد يشكل الجمع بينه و بين

↕

ما اشتهر من استحبابه لمن يثق بنفسه عينا، إذ يستحيل اجتماع الوجوب و لو كفائيا مع الاستحباب العينى و الكفائى. و لعله لذا حمل الاستحباب على تحصيل الولايهٔ، و الوجوب على الحكم فى ظرفها.

و لكن لا- يخفى أن ذلك انما يتم لو كان مدرك الوجوب هو الإجماع أو أمر داود، و الا- فلو كان المدرك برهان اختلال النظام، لكان يقتضى وجوب تحصيل مقدمته أيضا، فيعود المحذور حينئذ. مع أن هذا المعنى لا يناسب لتوصيفه بالأجر و حسن الذخر فى وصيته (ص) لعلى (ع) إذ مثل هذه الوصيهٔ بالنسبهٔ إليه تقتضى استحباب ما هو أزيد من تحصيل الولايهٔ.

نعم لا بأس بحمله على إحضار نفسه لسماع الدعوى و الموازين، كى يصدر منه الحكم الفاصل الواجب.

و لكن الظاهر منهم أن صدور الحكم منه حينئذ واجب عينى لا كفائى، و لعله لذا جمع بعض آخر بحمل الوجوب على تحصيل الولايهٔ، و الاستحباب العينى على إحضار نفسه لسماع الخصومات، المستلزم لعدم سقوطه عن غير من قام لهذه الجههٔ أيضا، و هو أيضا صحيح لو تمَّ الدليل على وجوب هذا المعنى، و عهدته على مدعى قيام الإجماع عليه، و الا فلا أظن إمكان إتمام دليل آخر عليه كما لا يخفى.

هذا و يمكن الجمع أيضا بعد حمل الوجوب كفائيا على إحضار النفس على ما ذكر بحمل الاستحباب على الاقتضائى قبل إقدام أحد بما هو واجب عليه، و على الفعلى بعده. و لئن استشكلنا فى وجوب أزيد من إصدار الفصل عند تحقق الميزان، لا يبعد حينئذ حمل دليل الاستحباب على إحضار النفس على السماع المزبور، مقدمهٔ للفصل الواجب، كما لا يخفى و اللّه العالم.

↕

صفات القاضى (و) كيف كان نقول (فيه) أى فى المقام (فصول) ..

الفصل الأول- فى صفات القاضى

اشارهٔ

و ليعلم أولا أن مقتضى الأصل وضعا عدم نفوذ حكم احد على احد، و تكليفا عدم حرمهٔ صدوره، و لو بعنوان التشريع فى أهليته، لأن حرمهٔ التشريع لا تقتضى حرمهٔ العمل خارجا.

نعم لا بأس بدعوى اقتضاء القاعدهٔ خلافه، من جههٔ ما فى صحيحهٔ سليمان «اتقوا الحكومهٔ فإن الحكومهٔ انما هى للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى أو وصى نبى §الوسائل ج ١٨ ص ٧ رقم ٣

§ إذ الظاهر منه حرمهٔ الحكم بعنوان الأهليهٔ، الملازمهٔ مع التشريع لا نفس التشريع، و لا الحكم مطلقا، فكان النهى فى المقام نظير النواهى المتعلقهٔ بعناوين العبادات، المعلوم كون المستفاد منها حرمهٔ العمل بعنوان العباديهٔ تشريعا، لا ذات العمل مطلقا، و لا عنوان التشريع محضا، كى لا يسرى الى العمل خارجا.

↕

و علیه فمقتضی القاعدة حرمة الحکم علی غیر النبی و وصیه، لو لا قیام دلیل آخر یقتضی المأذونیة، الموجب لإدخال المورد فی الوصی، أو یخصص العام المزبور به.
و حیث کان الأمر کـذلک، فلنرجع إلی أدلة النصب فی مقدار دلالتها علی خلاف القاعدة، فنقول: إن عمدة ما أمکن التشبث به فی المقام، عمومات، بالسنة مختلفة، تارة بقوله فی روایة ابی خدیجة: «انظروا الی رجل منکم یعلم شیئا من قضایانا فاجعلوه حکما» §الوسائل ج ۱۸ ص ۴ رقم ۵
§ و أخری: «اجعلوا بینکم رجلا ممن عرف حلالنا و حرامنا» §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۰۰ رقم ۶
§ و ثالثة بقوله فی المقبولة: «انظروا الی من کان منکم قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا» §الوسائل ج ۱۸ ص ۹۹ رقم ۱
§.
و لا یخفی انه لا بد من الأخذ بهذه العمومات فی المقدار المشترک من مدالیلها.
و أما بالنسبة إلی الجهة المختصة ببعضها دون بعض، فالأمر یدور بین الأخذ بمفهوم القید الوارد فی مقام التحدید، و رفع الید عن إطلاق غیره، أو الأخذ بالإطلاق فی غیره و رفع الید عن ظهور اعتبار القید فی غیره.
و علیه فلا یبعد ترجیح الوجه الأول، من جهة ظهور الاخبار، خصوصا المقبولة الواردة فی مقام ردعهم عن الرجوع الی قضاة الجور و صرفهم الی قضاة الشیعة، فی کونها فی مقام التحدید لمن یرجع الیه من قضاتنا، و لازمه الأخذ بما یستفاد منها تصریحا أو انصرافا، و من ذلک قید الرجولیة المنصرف عن الصبی، و هکذا العلم و النظر المنصرف الی الاجتهاد فی الاحکام، کما ان المنصرف من جمیع
↕
ص: ۱۱
الإطلاقات غیر المجنون حال جنونه، بل و عن الفاسق و ولد الزنا لعدم مناسبتهما مع شرف المنصب.
هذا مع إمکان استفادة عدم جواز قضاء المرأة بورود النص §الوسائل ج ۱۸ ص ۶ باب ۲ رقم ۱
§ المخصوص بعدم صلاحیتها للقضاء.
و عدم جواز قضاء الفاسق، بما ورد بقوله: «و إیاکم ان تتحاکموا إلی هؤلاء الفساق» §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۰۰ رقم ۶
§ من اقتضاء ظهور تعلیق الحکم بمثل هذا الوصف، کونه مناطا فیه.
و عدم قضاء ولد الزنا بما ورد فی شرطیة طهارة المولد فی الإمام §الوسائل ج ۵ ص ۳۹۷ باب ۱۴
§ الجاریة فی المقام بالفحوی.
(و) علیه فلا غرو فی القول بأنه لا بد ان (یکون مکلفا مؤمنا عدلا عالما ذکرا طاهر المولد) و اما اعتبار کونه (ضابطا) بصیرا کاتبا، ففیه اشکال، لعدم مساعدة الدلیل علیها قبال الإطلاقات.

اعتبار الاجتهاد فی القاضی

(و لا یکفیه) أیضا (فتوی العلماء) إذ مضافا الی انصراف عنوان العالم بالأحکام عن المقلد، یدل علیه صریح اعتبار النظر فی المقبولة §الوسائل ج ۱۸ ص ۹۹ رقم ۱
§، و هو کاف فی رفع الید عن بقیة المطلقات، خصوصا مثل قوله تعالی:
↕

ص: ۱۲

«وَ إِذٰا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النّٰاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» §سورة النساء: ۵۸

§ و قوله «كُونُوا قَوّٰامِينَ بِالْقِسْطِ» §سورة النساء: ۱۳۵

§ و مفهوم قوله «وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اللّٰهُ فَأُولٰئِكَ هُمُ الْفٰاسِقُونَ» أو «الْكٰافِرُونَ» §سورة المائدة: ۴۷- ۴۴.

§، إذ هى بين ما لا دلالـة لها لأصل منصب القضاء و الحكومة، و بين ما كان فى مقام بيان لوازم الحكم، من دون نظر الى تعيين من له هذه الشأنية، كما هو الظاهر من الطائفة الأولى، كما لا يخفى.

ثمَّ انه بعد اعتبار النظر و الاجتهاد فهل يعتبر فيه الاجتهاد المطلق أم يكفيه مطلقه، قولان، بعد البناء على إمكان التجزى فى الملكة المزبورة، و وقوعه، بمعنى كونه قابلا للمراتب المتفاوتة، بحيث يكون ببعض مراتبها متمكنا من استنباط بعض المسائل دون بعض، نظير ملكة فهم عبارة دون عبارة و مطلب دون مطلب.

بل بمقتضى برهان استحالة الطفرة، لا بد من الالتزام به و عدم دليل آخر أيضا على تقييد الاستنباط بحسب الأدلة بمن له قوة خاصة و ملكة مخصوصة يقتدر بها على استنباط جميع المسائل.

و الذى يقتضيه التحقيق فى أصل المسألة التفصيل، بين من اقتدر على استنباط جملة معتد بها من المسائل، على وجه يصدق عليه انه عالم بشىء من الاحكام، بعد انصرافه جزما عمن عرف أقل قليل منها، كانصراف إطلاق شىء من البحر عن قطرة أو قطرات منه، بل لا بد ان يكون مقدارا معتدا به على وجه يصدق عليه انه شىء منه و بين من لم يقتدر على استنباط هذا المقدار و ان كان متجزيا فى قليل منها، فإنه لا بأس بقضاء الأول، لإطلاق رواية ابى خديجة لمثله، بخلاف الثانى.

نعم ربما لا يحتاج فى الصدق المزبور الى كونه عالما بنوع الاحكام، على وجه يصدق عليه انه عارف بأحكامهم على نحو العموم، و ان لم يحتج فى صدقه

↕

ص: ۱۳

كذلك الى العلم بجميع الأحكام دقة، إذ المدار على صدق الإطلاق فى رواية ابى خديجة، و بمثله ترفع اليد عن ظهور العموم فى بقية الروايات، لأظهرية الرواية المزبورة من تلك الجهة من بقية الروايات كما لا يخفى.

ثمَّ ان الظاهر من المقبولة الإرجاع الى من كان ناظرا فى مورد الاحتياج إلى الخصومة، كى يصدق بأنه حكم بحكمهم، الذى عرفه عن نظر و اجتهاد، بناء على ظهور الباء فى كونه صلة لا سببية و عليه فقد يشكل حينئذ أمر قضاء من استنبط الاحكام بمقدمات الانسداد من باب حكومة العقل، إذ لا يصدق عليه انه حكم بحكمهم العارف به عن نظر، لو لا دعوى توسعة فى صدق العرفان بالنظر، على مثل هذا النحو من العرفان الظنى أيضا، خصوصا لو قلنا بمقالة المصنف من أن العقل مستقل فى تعيين دائرة إيجاب الاحتياط الشرعى فى الظنون، بعد ورود الترخيص فى بعض أطراف العلم، فإنه حينئذ يصدق عليه المعرفة بحكمهم حقيقة نظير معرفتهم بالإيجاب الطريقى فى مفاد الامارات كما هو ظاهر.

عدم جواز تفويض القضاء الى المقلد

عدم جواز تفويض القضاء الى المقلد §قال- فى الجواهر ج ۴۰ ص ۱۶- ۱۷-: المقدار هو الحكم بالحق الذى عند محمد و أهل بيته- صلوات اللّه عليهم- و لا ريب فى اندراج من سمع منهم أحكاما خاصة، و حكم فيها بين الناس و ان لم يكن له مرتبة الاجتهاد و التصرف. بل لعل ذلك اولى من الأحكام الاجتهادية الظنية. بل قد يقال باندراج من كان عنده أحكامهم بالاجتهاد

الصحيح أو التقليد الصحيح، و حكم بها بين الناس، كان حكما بالحق و القسط و العدل. نعم قد يقال بتوقف صحة ذلك على الاذن منهم (ع) و النصب.

ثمَّ قال- ص ۴۹-: كما انه قد يقال- ان لم يكن إجماع- بجواز تولية الحكم للمقلد على ان يحكم بفتوى مقلده، لما عرفت من العمومات السالمة عن المعارض.

قال: و لعله لذا حكى عن الفاضل القمى جواز توكيل الحاكم مقلده على الحكم بين الناس بفتاواه على وجه يجرى عليه حكم المجتهد المطلق. قال: و هو قوى ان لم يكن إجماع.

أقول: هنا ثلاثة مواضيع لا بد من النظر فى كل منها- و لو اختصارا-:

الأول: جواز تفويض أمر القضاء الى غير المجتهد على ان يحكم وفق فتاوى المجتهد الذى يقلده هو أو يقلده المتداعيان مثلا.

هذا لا يجوز على أصولنا، بعد ان كان الشرط فى جواز القضاء هو العلم و المعرفة بأحكامهم (ع)، الأمر الذى لا يصدق على من عرف آراء الفقهاء فحسب، من غير ان يعلم بمستنداتها (أ هى نصوص الكتاب و السنة الصريحة أم استظهارات ظنية و استخراجات حدسية) و ربما لا يعترف باعتبارها لو علم الحال، فكيف يقال بان من عرف رأى مقلده فقد عرف أحكام الأئمة المعصومين (ع)؟! و لعل هذا الاستظهار من صاحب الجواهر (قدس سره) غريب.

الثانى: ان يوكل الفقيه من يقضى عن قبله بآرائه. فيقضى غير المجتهد وكالة عن المجتهد.

و لعل هذا اردأ من الوجه الأول، إذ مضافا الى ورود النقوض المذكورة عليه، يرد عليه أن جواز القضاء كجواز الإفتاء حكم شرعى وضعى، مترتب على موضوعه الخاص شرعا، فكما لا يجوز التوكيل فى الإفتاء، كذلك لا يجوز التوكيل فى القضاء، نعم كما يجوز بيان فتوى الغير، كذلك يجوز بيان رأى الغير فى القضية، من غير ان يكون قضاء شرعيا، الأمر الذى ينطبق على الوجه التالى:

الثالث: ان يستخلفه فى القضاء، بأن يولى الفقيه (ولى الأمر) من يفحص فى القضايا و يشخص من مواضيعها، ثمَّ يبين رأى الفقيه الولى، فى كل قضية، و هذا فى الحقيقة ليس قضاء شرعيا بالمعنى المصطلح، و انما هى استنابة فى تشخيص الموضوع، التى هى جائزة بعنوان (اعانة القاضى) بالإجماع، ثمَّ بيان رأى الفقيه فيها.

فهو و ان كان فصلا فى القضايا، لكنه ليس قضاء حقيقة.

الأمر الذى لا مانع منه شرعا، و لا سيما بعد اقتضاء ضرورة ادارة البلاد، عددا كثيرا ممن يقومون بحل مشاكلهم فى القضايا، و ذلك إذا قل المجتهدون بالنسبة إلى كثرة اقتضاء مناطق البلاد.

و الاولى: ان يقوم فى مركز كل منطقة، مجتهد جامع لشرائط القضاء، ثمَّ يستخلف هذا من ينوب عنه فى تشخيص المواضيع و إجراء أحكامها عليها وفق رأى المجتهد، فى أطراف المنطقة. و لعل الأمر فى العهد الإسلامى الأول كان على هذا. و هذا حل معقول لمشكلة القضاء العام، و قد فصلنا الكلام عن ذلك فى كتابنا (القضاء الإسلامى) و تكلمنا عن شرائطه و احكامه بتفصيل.§

ثمَّ انه بعد ما علم ان القضاء من وظائف المجتهد فهل له تفويض امره الى المقلد أم لا، و على فرض العدم، فهل له توكيله فى أصل القضاء بجميع مقدماته أم لا، وجوه و احتمالات.

↨

ص: ۱۴

أما مرحلة إعطاء المنصب فهو فرع تمامية مقدمتين: إحداهما قابلية المقلد للتصدى له بحسب الحكم الجعلى الإلهى. و ثانيتهما:

ولایة المجتهد و سلطنته علی إعطائه له. کیف و لو لا واحدة من المقدمتین لما کان مجال لإثباته.

و علیه فنقول: ان المقدمة الأولی فرع إثبات عدم دخل الاجتهاد فی أصل

↕

ص: ۱۵

موضوع القضاء شرعا. کیف و علی فرض دخله فیه لا یبقی مجال تغییر مثل هذا الحکم الإلهی حتی من الامام، فضلا عن نائبه. و هو فرع عموم دلیل دال علی جوازه من کل شخص، غایة الأمر بملاحظة جعله من وظائف الإمام أولا، لا بد أن یکون بإذن منه.

↕

ص: ۱۶

و لعمری ان إثبات مثل هذا العموم فی غایة الاشکال. و حینئذ فیکفی لنا احتمال دخل قید خاص فی موضوعه شرعا، علی وجه لا یکون المحل قابلا لتفویض العمل الیه حتی من الامام السلطان فی أمر المخلوقین، لکونهم اولی الأمر و لهم الخیرة فی أمرهم و کونهم أولی بهم من أنفسهم، إذ من البدیهی أن مثل هذه العمومات لا تصلح للمشرعیة و لا یثمر فی مورد لم یحرز من الخارج قابلیة محله.

نعم بعد الفراغ عن إثبات قابلیة المحل، یبقی الکلام فی صلاحیة الفقیه لمثل هذا التفویض. و علیه فیمکن أیضا منعه، لأنه بعد ما لم یکن من الأمور الحسبیة، التی علم من الشارع مطلوبیة وجوده، موقوف علی ثبوت الولایة العامة، و أن ما للإمام لهم، و هو أیضا فی غایة الإشکال، لان عمدة ما یصلح لإثباته هو عموم «و أما الحوادث الواقعة» §الغیبة للطوسی- ط نجف- ص ۱۷۷

§ و عموم «مجاری الأمور بید العلماء بالله» §مستدرک الوسائل ج ۳ ص ۱۸۸ رقم ۱۶ باب ۱۱

§ و الا فعمومات الوراثة و الخلافة و أمثال ذلک، یمکن حملها علی مقام تبلیغ الاحکام و بیان الحلال و الحرام.

و لا یخفی أن الأول منهما منزل علی أمور معهودة فی المسئول، المشکوک کون المورد منها، خصوصا مع توصیف الحادثة بالواقعة، فإنه لا بد من حمله علی وقوعه حقیقة أو ما لا بد من وقوعه، و علی التقدیرین لیس ما نحن فیه من مصادیقه، لعدم إحراز مطلوبیة وقوع التفویض من الشارع کما هو ظاهر.

و اما الأخیر، فهو من حیث المجاری و ان کان عاما، و لکن الکلام فی شمول العلماء باللّه لغیر الامام (ع) نعم بناء علی العموم لا بأس باستفادة مرجعیة الفقیه فی- الأمور العامة النوعیة، کما انه ربما یستکشف ذلک من صرف الامام من التحاکم إلیهم و إرجاعهم الی فقهاء الشیعة، إذ من مثله ربما یستفاد کون الفقیه حاکما فی قبال

↕

ص: ۱۷

حکامهم، و ان له من الشأن ما لهم من الولایة علی الأمور النوعیة السیاسیة التی کانوا مرجعا فیها.

بل و الولایة علی الحکم فی رؤیة الهلال، و التصرف فی أموال الغیب و القصر، و حبس الغریم، بل و إحضار المدعی علیه فی مجلس القضاء و إلزامه بالجواب و أمثاله، نظرا الی ان هذه کلها من شئونهم.

و علیه فلا غرو من المصیر الی أن لهم تفویض أمر القضاء الی المقلد أیضا، لو ثبت مثل هذا الشأن لقضاتهم أیضا.

و لکن الکلام بعد فیه، إذ تفویضهم إلیهم لیس من باب تفویض القضاء الی غیر الأهل، بل من جهة انهم لما یرونه أهلا و موضوعا له بجعل الهی یفوضون الیه القضاء.

ثمّ انه من التأمل فیما ذکرنا ظهر حال التوکیل بنحو الاستقلال فی القضاء أیضا، إذ أدلة الوکالة أیضا قاصرة عن إثبات قابلیة

المحل للتسبيب، بعد احتمال كون العمل بحسب الجعل الإلهى ليس بمثابة يصدر من كل احد.

هذا مع انه على فرض قابليته للجعل الإلهى نقول: ان التوكيل انما يتمشى فى مورد يكون الشخص قادرا على إقدار غيره على مماثل وظيفته المجعولة له كما هو الشأن فى التصرفات المالية، و فى المقام بعد احتمال اختصاص السلطنة فى المجتهد بخصوص تصديه، كيف يحرز سلطنته على إقدار غيره على مثل هذا، فكان المجتهد من تلك الجهة نظير الوكيل فى التصرفات المالية، فإنه لا يقدر على جعل غيره وكيلا عنه، الا إذا كان وكيلا فى التوكيل أيضا، و الا فبدونه لا يقتضى مجرد وكالته صحة توكيل غيره.

و من هنا نقول: ان المجتهد لا يصلح له أن يجعل مجتهدا آخر وكيلا عن نفسه،

↨

ص: ۱۸

فما عن بعض الكلمات من جوازه منظور فيه.

و بهذا الوجه قلنا بعدم صلاحية المجتهد لجعل قاض آخر، و تفويض الأمر إليه، لو لا ولايته العامة على وجه يقوم مقام الإمام فى جميع الشئون.

ثمّ لا يقاس باب الولاية على القضاء بالولاية على الأموال، فإن قضية تفويض أمر المال اليه، سلطنته على تقلباته و لو بتوسيط الغير الذى هو بمنزلة الآلة له فى التصرفات، بخلاف الولاية على القضاء فإنه فعل مخصوص لا يقتضى سلطنته عليه إلا إيجاده بشخصه، بلا سلطنة له على غيره عليه، فتأمل فإنه لا يخلو عن دقة.

نعم لا بأس بجواز التوكيل فى مجرد إنشاء الحكم الفاصل، بعد تصديه هو بنفسه بجميع مقدماته، إذ مثل هذه الأمور عرفا من التسبيبات التى لا يلتزمون باختصاص الحاكم به و مباشرته بنفسه، و عليه فبناؤهم متبع ما لم يرد من الشارع ردع عن طريقتهم.

و يمكن دعوى ابتناء المسألة على كون الحكم من الأمور القصدية الإنشائية، على وجه يضاف الى الموكل حقيقة إذا كان الوكيل قاصدا عنه، أو هو من الأمور الخارجية غير القابلة الا لإضافته اليه تنزيلا، فعلى الأول لا بأس به، لأنه فصل المجتهد و حكمه، بخلافه على الأخير، إذ لا يضاف اليه كذلك إلا بصحة توكيله المنوط بسلطنته على إقدار غيره، و قد عرفت ما فيه.

هذا كله فى تفويض أمر القضاء، و أما تفويض الولاية فى سائر الأمور النوعية، التى هى من شئون الفقيه الى المقلد، بل و مطلق غير الأهل، فهو فرع ثبوت ولاية الفقيه على التفويض المزبور، بعد الجزم بان العمل قابل للصدور عن الغير، و ليس من قبيل القضاء، المحتمل لدخل صفة خاصة فى أصل موضوعه شرعا. و من المعلوم ان إثبات ذلك منوط بإحراز ان مثل هذا الشأن كان لحكام الجور، كى يثبت للفقيه ما ثبت لهم من الشئون، و الا فعمومات أدلة ولاية الفقيه قاصرة عن إثبات مثل هذه

↨

ص: ۱۹

الجهة.

نعم لا بأس باستخلافهم، من جهة شمول دليل الوكالة للمورد، بعد فرض قابلية المحل بل و قابلية إقدار الغير، من إطلاق سلطنته على المال، الموجب لسلطنته على تسليط الغير عليه. اللهم الا ان يمنع مثل هذه السلطنة للولى كالوكيل غير السلطان على التوكيل. لكن الإنصاف ان ظاهر أدلة تفويض أمر المال إلى الولى، جعل السلطنة على مطلق تقلباته حتى بتوسيط غيره، على وجه يكون آلة له فى التصرفات.

نعم فى استفادة سلطنته على إقدار الغير بنحو الاستقلال، اشكال مبنى على ثبوت الولاية المطلقة، و بذلك يمتاز التفويض عن

التوكيل كما لا يخفى.

و من مثلها يستكشف عدم دخل المباشرة فى النفوذ، و يحكم بمثل هذه على ما دل على اعتبار المباشرة كما لا يخفى، و عليه فلازمه انعزاله بموت الموكل.

نعم لو ثبت لهم التفويض أيضا ربما يستشكل فى الانعزال بالموت، و ذلك لا من جهة ثبوت الولاية للمفوض بأزيد من زمان حياته، بل من جهة أن مثل السلطنة المفوضة كانت باستعداد ذاتها باقية ما لم يرفعها رافع، و موت المفوض لا يكون رافعا، و لا أقل من الشك فتستصحب.

و عليه فلو فوض الفقيه أمرا إلى غيره، و شك بأنه من قبيل التفويض الباقى بعد الموت أو من قبيل الاستخلاف المرتفع بموته، فالأصل يقتضى بقاءه، و لكن ذلك كله مبنى على تمامية الولاية على التفويض للمجتهد، و لقد عرفت أن دون إثباته خرط القتاد.

↕

ص: ٢٠

عدم انعزال القاضى بموت الامام

نعم يثمر مثل هذا النزاع فى من فوضه الامام كتفويضه ولاية القضاء للفقيه فى زمان الغيبة، و لقد بينا بأنه يكفى فى بقائها بعد موت الامام، احتمال كون هذه السلطنة بنفسها مستعدة للبقاء، ما لم يمنعها مانع، من دون احتياج إلى إثبات بقاء الولاية حينئذ للفقيه فى زمان الغيبة، إلى إثبات إمضاء من حجة العصر لجعل الصادق (ع)، و لا إلى إثبات أن لهم الولاية على التفويض بأزيد من زمان حياتهم، كى يشكل أمر الجهتين، بعدم ثبوت إمضاء من حجة العصر عجل اللّه فرجه، و لا ثبوت ولايتهم على التفويض المطلق، و ان كان لا يبعد استفادته من تعليق الاذن على عنوان راوى الحديث. من كون ذلك يدور مدار بقاء هذا العنوان، و لو بعد موته، لأنه حينئذ يستكشف من فعله ولايته المزبورة، لأنه لا ينطق عن الهوى.

و عليه فلا مجال لما يحكى عن الشيخ من مصيره الى انعزال القضاة بموت الإمام، إلا إذا اجازه الامام اللاحق، إذ مضافا الى أنه خلاف ظاهر تعليق الاذن و الجعل على ظاهر العنوان غير المختص بحال حياته، يكفى لنا الأصل فى إثبات بقاءه بعد موته، بلا سببية موته لانعزاله، كما لا يخفى.

(و) على أى حال قد عرفت انه لا بد فى القضاء جوازا و صحة من (اذن الامام) الذى زمام أمره بيده و ان القضاء له، و انه لا يجلس مجلسه إلا نبى أو وصى أو شقى. و لذا نقول ان المأذون فى القضاء مثل الفقيه فى الغيبة، و سائر نوابهم المخصوصين، يتلقون أمر القضاء من قبلهم، لا انه موضوع للحكم فى عرض النبى و الوصى، و عليه فيحرم قضاء من لم يكن منصوبا من قبلهم، و لو ترافع اليه الخصمان.

↕

ص: ٢١

قاضى التحكيم

قاضى التحكيم §مسألة القضاء بالتحكيم، هى من أصول العامة، و لا أساس لها على أصولنا.

و انما جاء ذكرها فى كتبنا وفقا للنظم الفقهى الذى كان دارجا عند تدوين الفقه على يد شيخ الطائفة- قدس سره- على النظم و الترتيب الذى سار عليه سائر الفقهاء ذلك العصر.

و قد أنكر الشهيد الثانى إمكان تصور قاضى التحكيم فى عصر الغيبة، نظرا لأنه ان كان مجتهدا كان حكمه نافذا بلا حاجة الى تحكيم، و ان لم يكن مجتهدا كان له الحكم مطلقا إجماعا.

لكن ينبغى إنكاره رأسا- كما فعله المولى الكنى- قائلا: ليس عليه دليل واضح تطمئن به نفس الفقيه، و ان استدلوا عليه بالنبوى المعروف، لكن ظاهره الورود موردا آخر، و هو حرمة الحكم بغير العدل. نظير ما دل على وجوب الحكم بالعدل و حرمة الحكم بالجور. و غايته الإطلاق فيقيده ما دل على اعتبار اذن الامام فى القاضى مطلقا. هذا مضافا الى انه لم يثبت صحة سند الرواية، فكيف يرد ما دل على اعتبار الاذن، و يكتفى به فى إثبات هذا الحكم المخالف للأصل و الاعتبار.

(القضاء ص ۲۴).

على ان جواز القضاء بتحكيم المتخاصمين، مما لا يلتئم و كون القضاء ولاية شرعية على الحكم مطلقا- كما عرفه الشهيد فى الدروس- مضافا الى انه لا مستند له سوى ما جاء فى كلام الشيخ و الفخر- قدس سرهما- قال الفخر: و هو جائز، لوقوعه فى زمن الصحابة و لم ينكر أحدهم ذلك، ثمّ تمسك بالنبوى، و قال: لو لم يمض لم يكن للتحذير معنى، و لكان الواجب التحذير على فعله لا على عدم العدل (الإيضاح ج ۴ ص ۲۹۶) (و راجع الخلاف ج ۲ ص ۶۰۲).

قلت: أما مسألة وقوعه فى زمن الصحابة، فلم يذكروا لها سندا تاريخيا و لا نصا صحيحا، بحيث كانت الصحابة يتحاكمون فى قضاياهم الى من شاؤوا من غير ان يكون قد عينه النبى (ص) بشخصه أو بعنوانه قاضيا للمسلمين.

و اما النبوى المذكور، فلم نعثر عليه فى المجاميع المعروفة من الصحاح الست و غيرها، و لا ذكروا لها سندا و لا راويا سمعه من النبى (ص) و قد عرفت معنى الحديث على فرض ثبوته. فهو قاصر للاستناد اليه سندا و دلالة.

و من ثمّ قال صاحب الجواهر- بعد إسهاب و تفاصيل-: و بالجملة فقد ظهر انحصار دليل مشروعيته بالإجماع المدعى، و هو حجة على من لم يتبين لديه خلافه، أو الإطلاق ان لم يتقيد بما دل على اعتبار الاذن (جواهر الكلام ج ۴۰ ص ۲۹).

و استدل الفاضل الهندى بعمومات وجوب الحكم بما انزل اللّه، و أدلة الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و صحيحة ابى خديجة و مقبولة ابن حنظلة.

(كشف اللثام ج ۲ ص ۱۴۰).

لكن لا- عموم بالنسبة إلى القاضى و الآمر أيا كان، كما لا عموم فى قوله تعالى «الزّانِيَةُ وَ الزّانِی فَاجْلِدُوا» أو «السّارِقُ وَ السّارِقَةُ فَاقْطَعُوا» و غيرهما. مما لا نظر فيه الى الجالد و القاطع، الأمر الذى لا يتنافى مع اعتبار شروط فى المجرى. اما التمسك بأمثال الصحيحة فهو على خلاف المطلوب أدل، لأنها من أدلة القائل باعتبار الاذن، و ليس إمضاء لما كان يفعله عامة الناس على إطلاقه.

و للتفصيل مجال آخر ذكرناه فى كتابنا فى القضاء.§

نعم قد يدعى صحة قضاء قاضى التحكيم بعد تراضيهما بحكومته قبل حكمه،

↨

ص: ۲۲

من دون اعتبار رضاهما به بعد الحكم، بل ادعى الإجماع عليه، و هو العمدة، من دون

↨

ص: ٢٣

احتياج إلى المرسلة العامية «من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة اللّه» §الخلاف ج ٢ ص ٦٠٢

§ و الى خبر احمد المشتمل على اقعادهم عروة ليجتمعوا عنده فيتكلموا و يتساءلوا §الوسائل ج ١٨ ص ١٠٧ باب ١١ رقم ٣١-٣٣٤٣٠

§ كى يرد عليهما بأن الأول انما يكون فى مقام كيفية الحكم، و انه لا بد أن يكون عدلا، و أما ان من له هذه الشأنية فليس مثله فى مقام بيانه، كما أن الثانى أيضا فى مقام بيان كون عروة معدا لأخذ المسائل منه، لا للحكومة و فصل الخصومة، بل و صدوره شاهد استنكاره (ع) جعل القاضى بينهم.

و بالجملة نقول: ان عمدة الدليل القابل للاتكال عليه فى إثبات مشروعية قاضى التحكيم هو الإجماع المزبور، و إلا فالأدلة الظنية غير وافية بإثباته، و ان كانت فى منتهى الدلالة.

مع ان موضوع قاضى التحكيم انما يكون قبل النصب العام، و الا فبعده لا يتصور له موضوع، بعد الجزم باعتبار شرائط قاضى المنصوب فيه للإجماع، فما قيل: انه قد يتصور ذلك فى العالم العادل عند وجود الأعلم الأعدل، إذا قلنا بتعينه و لو بمعونة أصالة عدم نصب غيره، فلا يخفى ما فيه. و حينئذ فلا مجال لإعمال التعبد بالنسبة الى ما هو خارج عن محل الابتلاء جدا (و) عليه فلا إشكال فى انه (ينفذ قضاء الفقيه مع الغيبة إذا جمع الصفات) السابقة.

الترافع الى حكام الجور

كما لا إشكال فى حرمة قضاء قضاة الجور، لأنهم غير النبى و وصيه، بل و ظاهر المقبولة و المشهورة النهى عن الترافع إليهم، بل و حرمة الأخذ بحكمهم و لو كان حقا.

↕

ص: ٢٤

و انما الكلام فى حرمة المأخوذ من قبل حكمهم مطلقا أو عدمه كذلك، أو التفصيل بين العين و الدين.

و منشأ الاشكال إطلاق السحت، المردد بين كونه صفة الفعل أو المال، و فى الحقيقة منشأ الشبهة إجمال اللفظ، من حيث كونه بمعنى يناسب توصيف الفعل به أو توصيف المال بمثله، و مع هذا الاجمال لا يثمر ظهور الهيئة فى كونه مفعولا مطلقا أو مفعولا به، إذ أصالة الظهور لا تثمر فى الشكوك الوضعية، مع إمكان منع الظهور فى أحدهما.

و عليه فاستفادة حرمة المال من ظهور الحمل أيضا فى بعض الاخبار مشكل كاستفادته من ظهور الهيئة الكلامية فى كونه مفعولا به فى هذا الخبر، نعم القدر المتيقن حرمة أخذه.

نعم فى الدين قد يتوهم بأنه لا يتعين بدون تعيين الغريم عن قصده و رضاه، و مع إلزام الحاكم و إجباره لا يتعين، لحديث رفع الإكراه.

و لكن لا يخفى ان ذلك انما يصح لو تعلق الإجبار بنفس التعين لا بلازمه من أداء الدين، المستلزم لتعيينه، لأنه حينئذ من قبيل الإكراه على اللازم غير المضر بالصحة كما هو ظاهر.

ثمَّ ان ذلك كله فى صورة التمكن من الترافع عند حكام العدل، و اما مع عدمه فالظاهر أيضا حرمة حكومته، و مجرد كونه مقدمة لاستنقاذ حق الغير لا يخرجه عن الشقاوة.

نعم فى استفادة حرمته من الاخبار السابقة إشكال لإمكان دعوى انصرافها إلى صورة التمكن من غيرهم. و عليه فلا يبقى وجه

للحرمة إلا عنوان الإعانة على الإثم.

↥

ص: ۲۵

و توهم كونه قصديا، منظور فيه، كيف و بالنسبة إلى المقدمات القريبة تصدق الإعانة، و لو لم يخطر بباله عنوانه أصلا.

و أضعف منه الاستشهاد باستلزام الترافع الى العدل، اعانة على البر المستحق للثواب الجزيل، إذ مجرد عدم ترتب الثواب بلا قصد التقرب بعمله، الملازم للالتفات إلى إعانته، لا يوجب قصدية أصل العنوان. و عليه فما ذكره بعض المقررين فی المقام منظور فيه.

نعم لا بأس بالتمسك بعموم نفی الضرر و الحرج لرفعه، لحكومتهما على جميع الأدلة، من دون احتياج إلى التمسك بخبر عطا: «إذا كنتم فی أئمة الجور فاقضوا فی أحكامهم و لا تشهروا أنفسكم فتقتلوا §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۶۵ رقم ۲ باب ۱۱ من آداب القاضی.

§» و بما فی رواية علی بن محمد قال: سألته هل تأخذ فی أحكام المخالفين ما يأخذون منافی أحكامهم؟ فكتب (ع): «يجوز ذلك ان شاء اللّه إذا كان مذهبكم فيه التقية منهم و المداراة لهم» §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۶۵ رقم ۱ باب ۱۱ من آداب القاضی.

§ و بمفهوم رواية ابن فضال، المشتمل ذيلها لقوله: «فهو غير معذور فی أخذ ذلك الذی حكم به إذا كان قد علم انه ظالم» §الوسائل ج ۱۸ ص ۵ رقم ۹ باب ۱ من صفات القاضی.

§ كی يرد عليه بمنع المفهوم فی الأخير، بعد احتمال كون الشرطية تقريرا لمورد سؤال السائل، لا انه سيق لبيان المفهوم. و منع دلالة سابقة على جواز الأخذ بحكمهم بعنوان الفصل، بل من الممكن حمله على العمل بفتواهم، و هكذا المراد فی الرواية الأولى، خصوصا مع ظهور ذيلها فی صورة التمكن من الرجوع الى غيرهم، إذ مثله حينئذ غير معمول به، فيطرح أو يؤول بما ذكرنا، فتدبر و افهم.

↥

ص: ۲۶

تنبيهات

بقی الكلام فی أمور لم يتعرض لها المصنف و لا يخلو إيرادها عن فائدة:

منها: انه إذا اختلف المجتهدان فی الفضيلة، فهل يجوز الترافع لدى المفضول مع التمكن من الأفضل أم لا قولان، من إطلاق الأدلة، و من فحوى الأخذ بالأفقه فی المقبولة §الوسائل ج ۱۸ ص ۷۵ رقم ۱ باب ۹ من صفات القاضی.

§ حتى مع عدم التعارض، مؤيدا بقبح ترجيح المرجوح على الراجح.

و لا يخفى ما فی هذين الوجهين من النظر الواضح، من منع تنقيح المناط فی المقبولة، و منع المرجوحية، كی يقبح الترجيح المزبور، لاحتمال استواء المناط فيها بلا دخل لافضلية أحدهما فی ترجيحه.

و عليه فلا أرى فی قبال الإطلاقات ما يصلح للمعارضة. نعم مع فرض تعارض حكمهما، و لو فی فرض حكمهما دفعة، أمكن الترجيح للمقبولة و لرواية داود §الوسائل ج ۱۸ ص ۸۰ رقم ۲۰ باب ۹ من صفات القاضی.

§ المعروفة المعمول بها فی المقام. نعم لو كان الحكمان متعاقبين لا يتصور فی- المقام تعارض كی يحتاج الى الترجيح، لان الحكم الأول ان كان عن ميزان،

↨

فلا يبقى مجال للحكم الثانى، لفضل الخصومة بالأول، و الا فلا يسمع حكمه، كى يعارض الثانى كما لا يخفى.

و منها: انه لا إشكال فى أنه إذا اذن الامام فى الاستخلاف جاز، و لو لم يأذن لم يجز، إذ من اذنه يستكشف قابلية المحل للاستخلاف. و لذا نقول: انه لا ثمرة مهمة فى هذه الجهة من البحث، و انما الإشكال فى ان من أدلة ولايته هل يستفاد سلطنته على الاستخلاف أم لا، و لقد تقدم شرح الكلام فيه مستقصى فراجع.

و منها: انه لا اشكال ظاهرا فى جواز ارتزاق القاضى من بيت المال المعد لمصالح المسلمين لما فى المرسلة الطويلة: «و يؤخذ الباقى فيكون أرزاق أعوانه على دين اللّه- الى قوله- و غير ذلك مما فيه المصلحة العامة» §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۶۲ رقم ۲ باب ۸ من آداب القاضى.

§ من دون فرق بين كون القضاء واجبا عليه عينيا أو كفائيا، و بين كونه ممن له الكفاية على وجه لا يحتاج إليه أم لا.

نعم فى ارتزاقه من سهم سبيل اللّه لا بد ان يكون محتاجا. و توهم كون الارتزاق من قبيل أخذ الأجرة، فمع فرض وجوبه يلزم أخذ الأجرة على الواجب، مدفوع أولا- بأن باب الارتزاق بعنوان كونه احد المصارف غير مرتبط بعالم أخذ الأجرة عليه. و ثانيا- على فرض التسليم نمنع منافاة مجرد الوجوب له، لإمكان كون الواجب هو مطلق العمل، الجامع بين كونه مجانيا أو غيره، و مثل ذلك لا يقتضى خروج العمل عن المالية المحترمة.

نعم لو كان العمل من العبادات، ربما يتوهم ان صيرورتها مورد عقد الإجارة، المستتبع لوقوع العمل منه بعنوان الوفاء به، يضر بقصد خلوصه، و لذا التزم بعض الأعاظم بأن الأجرة فى العبادات المستأجرة نيابة عن الميت بإزاء النيابة، و ان العمل

↨

يقع من النائب خالصا لوجه ربه.

و لكن لا يخفى ان ما أفيد انما يصح لو كان قصد الوفاء داعيا بدويا على العمل، فى عرض داعى التقرب به، و اما لو كان طوليا كطولية داعى الثواب مثلا، فلا ينافى ذلك المقدار مع الخلوص. و يشهد لما ذكرنا جريان الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر بجميع مراتبهما بالنسبة إلى العبادات، إذ لو كانت طولية داعى غير اللّه مضرة بالخلوص، لما كاد يصح صدور العبادة من المأمور بالمعروف، إذ يلزم من الأمر به عدم العبادة مخلصا لوجه ربه.

و توهم الاكتفاء بصورة العمل من مثل هذا الشخص، كالاكتفاء بما يؤخذ جبرا زكاة، مدفوع، إذ كيف يكتفى بعمل يأتى به صورة للخوف مع كونه فى باطن امره مشمئزا من عمله هذا، و لا أظن التزامه من احد، بل القائل باعتبار قصد القربة لم يستثن اعتبارها فى مورد من الموارد.

و قياس المقام بباب الزكاة منظور فيه، إذ يمكن ان يدعى أن الساعى من باب ولايته عن المالك الممتنع يعين حقه، بل و ينوى عنه حينئذ، و لا أقل من أخذه حق الفقير منه، و بعده يسقط عنه محل العبادة، لا أن الزكاة مجزية عنه حينئذ بلا قربة فتأمل، و اين هذا بباب سائر العبادات التى لا طريق إلى أجزائها إلا صدورها من الفاعل قربيا.

و حينئذ فلا محيص الا من الالتزام بكفاية طولية الداعى، و بعد ذا لا بأس بالالتزام بما هو المرتكز فى الأذهان من جعل الأجرة بإزاء العمل العبادى، هذا مع أن مالية النيابة ليست الا بلحاظ استتباعها العمل المزبور، و الا فلا مالية لها على وجه يكون قابلا لبذل المال بإزائها.

و بعد ذا نقول: ان لازم قصد وفائه بالإجارة، قصده العمل المقوم لمالية نيابته، فلو كان مثل هذا القصد مضرا بعبادته، لاستلزم عدم تمكنه من وفاء ما استؤجر

↕

ص: ۲۹

عليه من النيابة المستتبعة للعمل المزبور، و عليه فلا محيص للمجيب أيضا الا بان يلتزم بعدم مضرية مثل هذا القصد الطولى، و بعده لم يخرج عما هو المرتكز من كون الأجرة بإزاء نفس العمل العبادى.

نعم فى نيابة العبادات اشكال آخر، و هو انه كيف يقصد التقرب عن الغير مع انه لم يكن مأمورا بأمر عبادى، خصوصا فى المتبوع. و كونه مأمورا بالوفاء تبرعا أو بعقد الإجارة، لا يصلح قرب الميت، بل هو مقرب نفسه، و من هذه الجهة من الاشكال التزم شيخنا الأستاذ- أعلى اللّه درجته- بأنه نائب فى ذات العمل بلا تمشى القربة منه، غاية الأمر رضاء الميت به واقعا موجب لتقربه به، نظير رضاء شخص بتقبيل غيره يد زيد عن قبله، و عليه فلا يرد الاشكال السابق فى نيابة العبادات كى يحتاج الى احد الجوابين.

هذا و لا يرد عليه أيضا بأن لازمه كون العمل صحيحا مجزيا و لو كان العامل مستهزئا بعمله هذا، و هو كما ترى، لإمكان دعوى ان استهزاءه، إذا لم يكن عن قبل الغير لا يضر بقربيته لغيره و ان كان مبعدا لنفسه و لا منافاة بينهما.

نعم الذى يرد عليه ظهور كلماتهم فى صدور العمل منه عن قصد التقرب، و انه أجيره فى العبادة لا لذات العمل بلا قربة، إذ هو أيضا خلاف ما هو المرتكز فى- الأذهان.

و عليه فالتحقيق فى حل الاشكال أن يقال: إن التقرب بالعبادة تارة ذاتى ناش عن إتيانه بداعى أمره، و أخرى قصدى ناش عن قصد مقربية العمل لنفسه أو لغيره، و لو من جهة العلم بوفاء العمل بهذا القصد بالغرض العبادى، و فى المقام ما لا يمكن صدوره منه هو التقرب بالنحو الأول، لعدم توجه أمر الميت اليه، و على فرض التوجه أيضا لا- يفى ذلك بمقربية عمله للميت، و اما التقرب بالنحو الأخير فلا بأس بصدوره

↕

ص: ۳۰

عن النائب، و انه من جهة علمه بوفاء العمل بغرضه يقصد مقربيته للغير، و هو واف بالغرض الراجع الى غيره.

و توهم ان قصد تقربه فرع وفاء ذات العمل به، و الا فمع دخل هذا القصد فيه حسب الفرض كيف يتمشى منه القصد المزبور المتعلق بما يجىء من قبل نفسه، مدفوع بان مثل هذا الاشكال سار فى جميع العناوين القصدية، إذ نشو التعظيم عن القيام انما يناط بقصده، فكيف يتعلق القصد هناك بما يجىء من قبله، و هكذا فى جميع الإنشاءات المعاملية.

و حل الإشكال فى الجميع بأن يقال: ان الفعل بعد ما كان دخيلا فى الوفاء بالمقصود، فقهرا يتمشى منه القصد الى التوصل بعمله الى مقصوده، و بعد انضمام هذا القصد اليه يتم السبب، فيترتب عليه الأثر.

و كيف كان فقد ظهر من جميع ما ذكرنا أن عبادية العمل غير مضرة بأخذ الأجرة عليه، كما لا يضر به مجرد وجوبه، نعم قد وردت الرواية §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۶۱ باب ۸ من آداب القاضى

§ فى المقام بأن أجور القضاة سحت كالأجر على الأذان، و من مثله يستكشف وجوب كون العمل مجانيا، و لا بأس بالأخذ به، و تخصيص قاعدة احترام الاعمال و ماليتها، و لازمه عدم جواز أخذ الأجرة عليه، و لو لم يكن بواجب و لا عبادى كما هو ظاهر.

و منها: انه لا- إشكال فى ثبوت ولاية القاضى بالعلم، و هكذا بالبينة العادلة على المشهور، لعموم ما فى ذيل رواية مسعدة

§الوسائل ج ۱۳ ص ۲۳۱ و ص ۲۳۳ باب ۶ رقم ۴ و ۵ و باب ۹ رقم ۱ الودیعة.
§ و إطلاقه أیضا یقتضی حجیتها حتی لو أقیمت لدی غیر الحاکم، و فی غیر مورد الخصومات.
و لئن أغمض عن جبر ضعف سند الروایة بفتوی المشهور علی طبقه، فلا مجال
↕
ص: ۳۱
لإثبات إطلاق الحجیة لها من بعض الاخبار المتمسک بها فی المقام مثل قوله: «إذا شهد عندک المؤمنون فصدقهم» §الوسائل ج ۱۳ ص ۲۳۰ رقم ۱ باب ۶ الودیعة
§ و قوله: «ان شهادة الأخ علی الأخ تجوز» §الوسائل ج ۱۸ ص ۲۷۱ رقم ۵ باب ۲۶ الشهادات
§ و قوله: «إذا کان خیرا جازت شهادته» §الوسائل ج ۱۸ ص ۲۷۰ رقم ۲ باب ۲۶ الشهادات
§ و قوله: «استخراج الحقوق بأربعة». §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۹۸ رقم ۲ باب ۱۵ کیفیة الحکم
§
إذ الأول غیر مرتبط بمقام التعبد فی مقام العمل، و انما کانت فی مقام کیفیة آداب المعاشرة. و البقیة بین ما لا عموم فیها یشمل المقام، و بین ما لا إطلاق لها من حیث قیامها فی غیر محضر الحاکم، أو فی مورد الخصومات.
و کیف کان یکفی لنا إطلاقا و عموما روایة مسعدة §الوسائل ۱۳ ص ۲۳۱ و قد تقدمت
§ المنجبرة بالعمل.
و علیه فلا إشکال حینئذ فی إثبات ولایة الحاکم عند حاکم آخره بل و عند غیره أیضا.
نعم لو اعتبر فی حجیة البینة إقامتها فی محضر الحاکم، فان قلنا بجواز قضاء قاضیین مستقلین فی زمان واحد فلا اشکال، و ان لم نقل به فقد یستشکل فی إثبات ولایة الحاکم، لان قیامها عند الحاکم الأول المشکوک عزله من جهة الشک فی نصب الثانی، لا یثمر، کعدم اثماره عند نفسه، لأنه دوری. و لو علق عزله علی قیام الشهود علی النصب، کان ذلک مستلزما لاجتماع القاضیین فی زمان واحد. اللهم الا أن یکون مفاد الشهادة حینئذ هو النصب المعلق علی العزل، فإنه بضمیمة التعلیق الأول یتم المطلوب.
↕
ص: ۳۲
هذا مع أن مثل هذا الاشکال انما یرد علی فرض إمکان خلو الزمان عن القاضی، بحیث تحتمل معزولیة السابق مع عدم نصب اللاحق، و الا فلو فرض المفروغیة عن عدم جوازه أیضا، فیمکن إثباته بإقامة البینة لدیهما.
إذ یعلم إجمالا حینئذ بأنه بینة عند الحاکم، فتثبت به عزل الأول و نصب الثانی، کما لا یخفی، من دون احتیاج حینئذ إلی تصویر العزل المعلق أو النصب المعلق، کی یستشکل بعدم وفاء دلیل علی إمضائه، بعد احتمال کونه من قبیل سائر الإیقاعات غیر القابلة للتعلیق، و ان کان ممکنا فی نفسه، و لو من جهة ان مثل هذه الأمور الاعتباریة فی التعلیق و التنجیز تابعة لکیفیة جعلها بأی نحو، و لیس من باب التأثیر و التأثر، کی یستشکل فیها بانفکاک الأثر عن المؤثر.
کما انه لا شبهة فی کونها من الأمور التسبیبیة المحتاجة إلی التوصل إلیها به.
فما یظهر عن مقرر بحث أستاذنا العلامة من منعها واضح الدفع، إذ لولاه کیف یقصد بإنشائها التوصل به إلیها، کما هو الشأن فی جمیع أبواب المعاملات.
هذا و لکن الإنصاف یقتضی أن یقال بأن إطلاقات سلطنة الامام علی العزل، و ان لم تقتض رفع الشک فی کیفیة سببه، لعدم

كونها مشرعة من هذه الجهة، و لكن يمكن إتمام الدليل عليه بتقريب آخر، من دعوى انه بعد استقرار طريقة العقلاء عليه، لا بأس باستكشاف كيفية العزل المزبور من مقدمات عدم ردعه، و لازمه إثبات مثل هذا الشأن للفقيه على فرض عموم دليل الولاية أو لا أقل من كونه من شئون القضاة، الثابتة لقضاتنا بقرينة التقابل على التقريب المتقدم سابقا، و اللّه العالم.

ثمَّ انه قد اشتهر بأنه تثبت بالشياع الظنى أمور خمسة: الولايات، و النسب، و الموت، و النكاح، و الانعتاق، لقيام السيرة عليها.

و لا يبعد قيامها فى النسب و الزواج، و أما فى البقية ففيه اشكال.

↕

ص: ٣٣

و أضعف منه التمسک بظهور ما فى المرسل: «خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم» §الوسائل ج ١٨ ص ٢٩٠ رقم ٣ باب ٤١ الشهادات.

§ و فى بعض النسخ «بظاهر الحال». بتقريب أن المراد ما ظهر بين الناس من الحكم بأنه كذا.

و أورد عليه بعض المقررين بإمكان كون المراد وجوب الأخذ بظاهر الحال عند كل شخص و لو لم يعرفه احد غيره، كما يشهد ذيله من قوله: «فاذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه».

أقول، لا يخفى أن الرواية لا تخلو عن إجمال، لأن المراد من ظاهر الحال، ان كان حسن ظاهر الشخص الذى هو طريق الى عدالته، فليس الأخذ به مختصا بقبول شهادته، بل يترتب عليه جميع آثار عدالته، مع أن المناسب حينئذ ذكر العدالة فى طى الخمسة لا خصوص الشهادات.

هذا مع ان هذا المعنى لا يناسب سياق باقى الفقرات، لان ظاهر الحال فيها مثبت لنفسها لا لمنشأها، و ان أريد ظهور الحال فى الواقعة المشهود بها، فهو و ان كان يناسب البقية، لكن لا يناسب صدر الرواية و ذيلها.

نعم الذى يسهل الخطب لزوم رفع اليد عن السياق المزبور، و حمل ظهور الحال فى البقية على ظهور حال الواقعة، و فى الشهادات على ظهور حال الشخص، لصدر الرواية و ذيلها.

و حينئذ فتكون الرواية دالة على ظهور حال الواقعة فى غير الشهادات. و مثل ذلک- كما قيل- غير مرتبط بمرحلة حجية الاستفاضة الظنية كما لا يخفى.

ثمَّ الأضعف من التمسک بالمرسلة المزبورة التمسک لحجية الاستفاضة بقوله:

«إذا شهد عندک المؤمنون» §الوسائل ج ١٣ ص ٢٣٠ رقم ١ باب ۶ الوديعة.

§ فى قصة إسماعيل.

↕

ص: ٣۴

و فيه أن الظاهر منه هو تصديقهم الصورى، مع مراعاة الاحتياط فى باطن الأمر، إذ هو الذى ينفع جميع المؤمنين، فكأنه إرشاد إلى بيان كيفية آداب المعاشرة، كيف و لو كان فى مقام التعبد فلا اختصاص لها بالخمسة، خصوصا مع عدم كون المورد منها.

و أضعف من الجميع الاستدلال عليه بعسر إقامة البينة، و وجه الملازمة إما من جهة استفادته مما دل على حجية دعوى لا تعلم الا من قبله، حيث ان الظاهر انه كذلک، كما حكى وروده فى الخبر بهذا المضمون، أو من جهة دعوى جريان مقدمات الانسداد الصغير فى موردها.

و ذلک لما فى الوجهين من وضوح الفساد:

اما الأول فواضح، لمنع تحقق العسر المزبور فى المقام.

و أما الثانى فهو فرع تمامية المقدمات، التى منها لزوم العسر من الاحتياط فيها، مع ان لازم ذلك حجية كل ظن لا خصوص الاستفاضة.

و منها: انه حكى الخلاف فى جواز نصب قاضيين بنحو الاستقلال فى جميع الأمور، و كذلك بنحو التشريك.

و استدل المحقق على جوازه بان القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب، عنه.

أقول: لا يخفى ان الكلام فى أمثال المقام تارة فى صحة ما فعله الامام، و اخرى فى ان له ان ان يفعل.

اما المقام الأول فلا يناسب لنا التكلم فيه، لأنهم معصومون من الخطأ.

و اما الثانى فإنما يثمر لو فرض ثبوت مثل هذا الشأن للفقيه فى زمن الغيبة بالنسبة إلى غيره، و حيث انه لم يثبت مثل هذا الشأن لهم، فلا يبقى لمثل هذه الأبحاث مجال

↕

ص: ۳۵

أصلا §لا يخفى ما فى هذا الكلام من التساهل الظاهر، لأنه من الثابت قطعا- وفق أدلة ثبوت ولاية الفقيه- ان للفقيه جميع ما للإمام فى شئون ادارة البلاد و سياسة العباد، و الا لاختل نظام المؤمنين، إذا لم يكن الشارع قد عين لهم مرجعا عاما فى جميع شئونهم الادارية و القضائية و السياسية، فى عهد الغيبة. فضلا عن وفور النصوص بذلك. إذن فالحاجة ماسة بالبحث عن جميع شئون القضاء الإسلامى على تقدير بسط يد الفقيه كما فى هذا العصر (فى القطر الايرانى المسلم) المزدهر بولاية فقيه الأمة الامام الخمينى دام ظله العالى.§.

و من هنا ظهر حال بحثهم عن جواز عزل الامام عن مصلحة أو اقتراحا، إذ لم يف دليل على ثبوت مثل هذه الجهات للفقيه، مع انه على فرض ثبوت ولايتهم، يمنع ثبوت مثل هذه المعانى للإمام، لأن أدلة الولاية قاصرة عن إثبات مثل هذه الأمور، التى يشك فى قابليتها من حيث الحكم الشرعى، لما مر منا مرارا، أن عمومات الولاية غير مشرعة كما لا يخفى.

نعم لا اشكال ظاهرا فى انعزال المنصوب بزوال ما يعتبر فى شخص هذا النصب، و ان لم يكن له مفهوم كما هو ظاهر.

آداب القاضى

ثمّ ان من آداب القاضى (و) مسنوناته انه (يستحب الإعلان بوصوله، و الجلوس فى وسط البلد) ليسهل وصول الناس اليه. و ان يكون الجلوس (مستدبر القبلة) ليكون وجه الخصوم إليها. و قيل: ينبغى استقبال القاضى للقبلة بنفسه لكونه خير المجالس (و) يستحب له أيضا (السؤال عن الحجج و الودائع و أرباب السجن و موجبه) لأنها من شئون القضاء، و لا أقل من كونها من شئون قضاة الجور الثابتة لقضاتنا بإطلاق الجعل

↕

ص: ۳۶

فى المقبولة (و ان يفرق الشهود) خصوصا (مع التهمة) لكونه نحو استظهار حافظ عن الخطأ فى مبادى حكمه (و) ينبغى أيضا (مخاوضة العلماء) ليستعلم حال الفتوى ليطمئن بمطابقتها للواقع.

(و يكره القضاء مع شغل القلب بالغضب و الجوع و العطش و الهم و الفرح و غيرها) الموجب لخطأ الإنسان من جهة اشتغال قلبه به، و فى الرواية: «لا يقضى القاضى و هو عطشان». و فى آخر: «و هو شبعان». و فى ثالث: «و هو عطشان مهموم و لا مصاب

محزون». و فى رابع: «لسان القاضى وراء قلبه».

و لا يخفى ان المستفاد من المجموع: عدم كون القاضى مختل الخيال على وجه يكون فى معرض الخطأ، و من ذلك تعدى الأصحاب عما فى النصوص الى غيرها الموجب لذلك.

(و) يكره أيضا (اتخاذ الحاجب وقت القضاء) للنبوى: «من ولى شيئا من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب اللّه تعالى دون حاجته» (و) يكره أيضا (تعيين قوم للشهادة) لما فيه من المشقة على الناس، و ربما يكون هتكا لبقية العدول فيحرم، بل ربما يؤدى مثله إلى إبطال الحقوق، لعدم تمكنهم من إقامتها، و كثيرا ما يكون مثله منشأ تجريهم لأخذ الرشاء فى أدائهم للشهادة أو تحملها. و لكن مع ذلك لا يصلح مثل هذه الوجوه مدركا للحكم بالكراهة شرعا، و لم أر نصا له، فحينئذ تشكل الفتوى بمثله (و) تكره أيضا (الشفاعة إلى الغريم فى إسقاط حقه) خوفا من ان لا يسمع فيصير مهتوكا، و كون ذلك مدرك الحكم الشرعى منظور فيه.

قضاء القاضى بعلمه

(و) المشهور، بل المجمع عليه: انه (يقضى الإمام بعلمه) و ان كان مثل هذا

↨

ص: ۳۷

البحث كبعض الأبحاث السابقة قليل الجدوى، إذ ليس تعيين وظيفة الإمام إلا مقدمة لإثبات وظيفة الفقيه.

(و) عليه فالمهم إثبات وظيفة (غيره) من انه هل يقضى به؟ فالمشهور قضاؤه مطلقا، خلافا للمحكى عن الإسكافى من عدم نفوذه مطلقا، لكن عن المختصر §هو كتاب ابن الجنيد الإسكافى.

§ التفصيل بين حقوق اللّه فلا و حقوق الناس فنعم، و عن ابن حمزة عكسه.

و عمدة الدليل للمشهور- بعد دعوى الإجماعات- فحوى ما دل على القضاء بالبينة و اليمين، إذ فى كمال الاستبعاد اشتراط ميزانيتهما باحتمال مخالفتهما للواقع، و لعله من هذه الجهة جعل العلامة الكنى- رحمه اللّه- العلم الحاصل منهما خارجا عن محل البحث، و انه حجة لدى الفريقين، و انما النزاع فى العلم الحاصل من غيرهما، بشرط كونه أيضا من الأسباب المتعارفة العادية، و الا فيمكن دعوى الانصراف عنه أيضا.

و لكن لا يخفى ان ظاهر الكلمات عدم تخصيص النزاع بما ذكر، بل مطلق شامل للحاصل من البينة أيضا، و عليه فيكفى فى رده دعوى عدم تنقيح المناط بين ميزانية اليمين و البينة مع ميزانية العلم كما لا يخفى.

ثمّ لو أغمض عن إثبات مثل هذا التقريب لا يبقى المجال لإثبات المدعى ببعض العمومات التى منها عموم قوله: «من حكم بحكمنا» و عموم: وجوب الحكم بالحق و القسط و العدل. إذ التمسك بها فرع كون المراد من الحكم و الحق و القسط و العدل، هو الحكم و الحق و أخويه فى نفس الواقعة، و لازمه حينئذ كون القضاء من آثار نفس الواقع لا من آثار الحجة عليه.

و لكن لا يخفى ان مثل هذا المعنى ينافى ما فى قوله: «رجل قضى بالحق و هو

↨

ص: ۳۸

لا يعلم» إذ الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء واقعا لا وضعا و لا تكليفا. و عليه فالأمر يدور بين رفع اليد عن هذه الروايات، بحمل الحق و القسط و العدل و الحكم على القسط فى مقام الفصل، و كذا الحق فى هذا المقام، قبال الباطل الناشئ عن غير

ميزانه. أو بحمل الروايـة الأخيرة على بيان إثبات العقوبـة على مثل هـذا القاضـى من جهـة تجريه، بلا اقتضاء مثل ذلك نفى نفوذ قضائه و ان كان خلاف سوق الرواية، لأنه فى مقام شـرح حال القضاة من حيث صحة قضائهم و عدمها، لا من حيث تجريهم فى عملهم مع صحته واقعا. أو بحمل الرواية لبيان شرطية الاجتهاد فى أصل القضاء، لا وجود الميزان و الطريق الى الحكم، و ان كان الظاهر من قوله: «لا يعلم بالحق» المدعى به الذى بإطلاقه شامل للمجتهد أيضا.

و حينئـذ نقول: إن مع الـدوران بين هـذه الاحتمالات لا يبعـد ترجيـح الاحتمـال الأول و لا أقل من تساويها المسـقط للبقيـة عن الحجيـة على المـدعى، لأن مثل هـذه العمومات، بناء على هذا الاحتمال، غير صالحة لإثبات الصـغرى، من أن الفصل و الحق فى هذا المقام بأى شىء يتحقق، بل لا بد من إحراز ذلك من الخارج كما هو ظاهر.

نعم يمكن إثبات جواز القضاء بعلمه من عموم «رجل قضـى بالحق و هو يعلم» بناء على ان المراد: يعلم بالمـدعى به، بقرينة الحق فى الفقرة الأخرى، و عليه ينفـذ حكمه فى حقه و حق كل من علم بكون علمه مطابقا للواقع، كى يحرز به كون قضائه بالحق عن علم، و اما الشاك فى مطابقة علمه للواقع فلم يحرز كونه قضاء بالحق و ان علم كونه حاكما به باعتقاده و علمه.

و عليه فلا مجـال لإثبات كون العلم كالبينـة ميزانا للفصل على وجه لا تسـمع الـدعوى على خلافه، حتى ينظر الشاك فى مطابقة علمه للواقع، إذ كم فرق بين العلم و البينة، حيث ان مفاد البينة من جهة حجيتها فى حق الشاك بنظر كل احد يصدق على

↕

ص: ۳۹

الحكم على طبقها انه حكم بالحق بالنسـبة الى كل احـد، و هذا بخلاف علم القاضـى الذى لا يكون إلا حجة فى حق العالم دون غيره.

و لا يخفى ان هذا المقدار و ان كان لا يضر بميزانية العلم بالحق فى الجملة، لكن ليس مثله كالبينة تمام الميزان، بل الميزان التام هو العلم المطابق للواقع لا مطلقا، و حينئـذ تختص حرمـة نقضه بخصوص من أحرز ذلك لا مطلقا، و هـذا المقـدار خلاف ظاهر كلمات من جعل العلم من الموازين فى قبال البينة و اليمين.

و حينئذ يصح لنا دعوى عدم وفاء أمثال هذه العمومات لميزانية نفس العلم، و لو لم يطابق الواقع كالبينة و اليمين.

و عليه فلا يبقى فى البين الا دعوى الإجماعات المتكررة فى الكلمات. أو دعوى تنقيـح المناط فى ميزانيـة البينة و اليمين بالنسـبة إلى العلم مطلقا أيضا. و العهـدة فى إثبات الجهتين على مدعيهما، خصوصا فى صورة كون العلم من غير البينة و اليمين، من جهة احتمـال اختصـاص التعـدى إلى العلم الحاصـل منهمـا، كما ادعاه العلامـة الكنى- رحمه اللّه- بل ظاهر كلماته خروج ذلك عن محل النزاع، فعلى القاضى حينئذ التحرى فى تحصيل هذه الأمور علمية كانت أم ظنية.

و بالجملـة نقول: انه بعـد القطع بـان الكلام فى كونه بنفسه ميزانـا فى عرض البينـة بحيث يكون الحكم الصـادر عن علمه حكما فاصلا صحيحا، بنحو لا تسمع الدعوى و لا البينة على خلاف مضمونه، ما لم يقطع بمخالفة الحكم للواقع، ان هذا المعنى لا يكاد يحرز من العمومـات السابقـة، بـل غايـة مـا تقتضـى العمومـات كون الفاصـل هو الحكم المطابق للواقع، و مثل ذلك لا يمنع عن سماع الدعوى و البينة على خلافه عند الشك فى مخالفته للواقع، المساوق للشك فى كونه فاصلا. و ان فرض محكوميته بالصحة و الفاصلية ببركة أصالة الصحة، لو لا دليل أو امارة أخرى على خلافه.

↕

ص: ۴۰

و لكن ذلك المقـدار لا أظن التزامه من القائل بالميزانية لعلم القاضـى، و عليه فلا يكاد تتم الميزانية بالنحو المزبور، على وجه لا

تسمع بعده الدعوى و البينة على خلافه، مع الشك فى مخالفة حكمه للواقع، إلا بتمامية الإجماع المدعى على ميزانية علمه، أو دعوى الإجماع على الملازمة بين الجواز التكليفى لهذا القضاء و بين نفوذه وضعا فى حق غيره، و إتمام الوجهين عهدته على مدعيه، و الا فلا مجال لإثبات ميزانية العلم للقضاء بنحو ميزانية البينة و سائر الموازين له.

نعم الذى هو قابل للتصديق هو مجرد وجوب ترتيب اثر الفاصلية عند صدوره عن قطعه، لعين حكمهم بترتيب أثرها عند صدوره عن القطع بالميزان المحتمل تخلفه عنه، إذ كلاهما مشتركان فى الشك فى كونه حاكما بحكمهم، و لكن أصالة الصحة تثبت نفوذه، و إن لم تثبت كونه واجدا لشرط النفوذ، كما هو الشأن من جميع موارد جريان الأصل.

و لكن قد عرفت ان مثله ليس فاصلا على نحو لا تسمع الدعوى أو البينة على خلافه.

ثمّ انه من التأمل فيما ذكرنا أيضا ظهر عدم تمامية التمسك فى جواز الحكم بعلمه فى حقوق اللّه، بما ورد فى قوله: «الواجب على الإمام إذا نظر الى الرجل يزنى أو يشرب الخمر ان يقيم عليه الحد و لا يحتاج الى بينة مع نظره» §الوسائل ج ١٨ ص ٣۴۴ باب ٣٢ رقم ٣ مقدمات الحدود.

§. و ما ورد أيضا من قتل على (ع) خصم النبى (ص) فى دعوى الناقة و ثمنها §الوسائل ج ١٨ ص ٢٠٠ باب ١٨ كيفية الحكم.

§ إذ قد عرفت عدم الملازمة بين جواز الفصل بعلم الإمام الذى هو حجة فى حق كل احد، و علم غيره الذى لا حجية له فى حق غيره، مع إمكان منع كون فعله (ع) بعنوان فصل الخصومة

↨

ص: ۴١

بل من الممكن كونه بعنوان ترتيب ما للواقع من الأثر، من جهة قيام الحجة عليه و ليس مطلق ترتيب الأثر على طبق الحجة حكما، ما لم يقصد به فصل الخصومة كيف و الحاكم بل و غيره يرتب الأثر على طبق اليد و الاستصحاب، مع انهما ليسا ميزان فصل أصلا.

و عليه فصح لنا إنكار دلالة مثل هذه الأدلة على ميزانية العلم للفصل بنظر الغير، و ان كان الحكم على طبقه جائزا تكليفا و وضعا بالنسبة الى من أحرز المطابقة للواقع، لصدق العموم السابق بنظره كما لا يخفى.

نعم لو أغمض عما ذكرنا، لا مجال لتوهم التفصيل بين حقوق الناس و حقوق اللّه بتوهم اقتضاء حصر الميزان بالبينة و اليمين، فى قوله: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» §الوسائل ج ١٨ ص ١۶٩ باب ٢ كيفية الحكم.

§ بالنسبة إلى حقوق الناس، إما لانصرافه إليها، أو من جهة تخصيصها بما ورد من حكم على (ع) على طبق علمه فى قتل خصم النبى (ص) و غيره.

و ذلك لإمكان كون مثل هذا العموم ناظرا الى الحصر بالإضافة الى غير البينة و اليمين من اليد و الاستصحاب و أمثالهما، بلا نظر فيها الى مثل القطع أصلا، و على فرض العموم يمنع الانصراف المزبور، و على فرضه أيضا لا يقتضى مثله التفصيل الا على فرض تمامية دلالة البقية على جواز الحكم فى حقوق اللّه بعلمه. و الا كما أشرنا يكفى فى عدم ميزانية العلم هنا أيضا مجرد الأصل، بلا احتياج إلى إقامة الدليل عليه.

و أضعف منه حينئذ تفصيل آخر من المصير إلى الإطلاقات المزبورة لإثبات ميزانية العلم، بضميمة تخصيص حقوق اللّه بما ورد من قوله: «لو رجمت أحدا بغير

↨

ص: ۴٢

بينة رجمت هذه» §جامع البخارى ج ۸ ص ۲۱۷ مطبعة الشعب.

§ و فى آخر مستفيض: «لا يرجم الزانى حتى يقر اربع مرات» §الوسائل ج ۱۸ ص ۳۸۰ رقم ۳ باب ۱۶ حد الزنا.

§ إذ لا يخفى ما فى المقدمتين، أما الأولى منها فهى فرع دلالة الإطلاقات على ميزانية العلم إلا إذا خرج بدليل، و لقد عرفت ما فيه. و اما الثانية فلمنع تمامية الخبر الأول سندا و لو بالجبر، و اما المستفيضة فيمكن حملها على الحصر بالإضافة إلى الأمارات التعبدية لا مطلقا.

و على أى حال، ظهر من التأمل فيما ذكرنا وجه ما أفاده المصنف، من مصيره الى نفوذ الحكم بعلمه (فى حقوق الناس) بل مطلقا على اشكال فى حقوق اللّه، أقربه ذلك اى الجواز.

و لقد عرفت وجه الجميع، بل قد عرفت أيضا وجه الإشكال فى ترتيب الغير آثار الفصل على مطلق الحكم بالعلم فى غير الامام لو لا تمامية الفحوى فى ميزانية الفصل للبينة و اليمين.

نعم فى المقام شىء آخر، و هو ان مقتضى الإطلاقات جواز القضاء بالعلم تكليفا للقاضى، و لو كان من الأسباب غير العادية، و لكن لو كان المدرك فيه هو الإجماع أو فحوى جوازه بالبينة، فيشكل شموله لمثل هذه العلوم، و عليه ففى ترتيب الغير آثار الفصل على مثله اشكال، لما عرفت من عدم طريق لإثباته إلا الإجماع غير الشامل لها.

و من هنا نقول: قد اتضح أن وجه حرمة نقض مثل هذا الحكم على الغير الشاك هو الإجماع المزبور و الا ففيه اشكال.

نعم لا إشكال فى حرمة نقض الحكم الصادر عن سائر الموازين التعبدية من

↨

ص: ۴۳

البينة و اليمين و الإقرار، و لو من جهة ميزانيتها بعموم «إنما أقضى بينكم» فيشمله عمومات الحكم بحكمهم، بالحق و الحكم و أخويه، حتى على ما احتملنا من كون المراد الحكم و الحق فى مقام الفصل، فضلا عن عموم «قضى بالحق و هو يعلم» على ما تقدم تقريبه.

نعم حيث ان الظاهر من وجوب القبول هو الوجوب طريقيا، لا يكاد يشمل الدليل صورة القطع بمخالفة الحكم للواقع و إن صدق بنظر الغير انه حكم بحكمهم عند جزمه بعدالتهما، للجزم بكون مثله ميزانا ظاهريا شرعيا بالنسبة إلى الحاكم الشاك بمطابقتهما للواقع، من دون فرق فى ذلك المقدار بين كون الميزان بينة أو يمينا.

و لذا لا يحكم بملكية المال المحكوم له على وجه يجوز للغير الشراء منه، و ترتيب سائر آثار الملكية عند قطعه بمخالفة الحكم للواقع.

نعم بين اليمين و البينة فرق من جهة أخرى، و هو ان الميزان لو كان بينة فيجوز للعالم بخلافه التقاص منه و سماع الدعوى من مدعيه و هكذا، بخلاف ما لو كان الميزان يمينا، فان اليمين تذهب بحقه فيه من حيث دعواه و التقاص منه، الشامل للقاطع على خلافه و لفجور اليمين، كما سيأتى شرحه ان شاء اللّه تعالى و ذلك المقدار أيضا لا ينافى طريقية اليمين بالنسبة إلى أصل الملكية على وجه يجوز الشراء منه. و سيتضح أيضا ان المراد من ذهاب اليمين بحقه ليس ذهابه به حقيقة، و انما المراد ذهابه به بالنسبة إلى خصوص الأحكام الخاصة المشروحة فى محله على ما سيأتى شرحها ان شاء اللّه تعالى.

و من هذه الجهة نقول: ان للحاكم الآخر القاطع بالفجور نقض الحكم الصادر حتى عن المين فى أصل الملكية، و ان لم تسمع منه الدعوى، بل و ينهى عن التقاص منه حتى مع قطعه بمخالفة اليمين للواقع.

و من هنا ظهر وجه الجمع بين الكلمات، من حيث إطلاقهم جواز نقض الحكم

↕

ص: ۴۴

للقاطع بالخلاف، الشامل لما كان ميزانه يمينا. و تصريحهم أيضا بعدم سماع الدعوى و حرمة التقاص منه، حتى على من يعلم بفجور اليمين. إذ لا منافاة بين موضوعية اليمين من جهة و طريقيتها من جهة أخرى كما هو ظاهر.

ثمّ ان هذا كله فى صورة كشف الخلاف بنحو القطع، و اما فى صورة كشفه بنحو الظن، من جهة اجتهاد صحيح على خلاف الاجتهاد الأول الذى هو مدرک حكمه، فظاهر كلماتهم جواز نقض الفتوى بالحكم دون العكس. و عن بعض المقررين فى توجيهه: هو ان دليل صدق الفتوى أو الخبر انما ينظر ان الى وجوب تصديقهما لو خليا و طبعهما، بلا نظر فيهما إلى صورة طرو عنوان ثانوى عليهما، من رد حكم الغير فلا إطلاق لمثلهما يشمل هذه الصورة.

هذا و لكن لا يخفى ما فيه، فان عنوان الرد و عنوان تصديق العادل أمران عرضيان طارئان على العمل على طبق قول العادل و لا وجه لتسجيل الإطلاق فى أحدهما و نفيه فى غيره بعد كون النسبة بينهما أيضا عموما من وجه.

و حينئذ فالأولى فى وجه التقديم على الفتوى، التشبث بظاهر المقبولة التى هى فى مورد الاختلاف فى الفتوى و فى مقام التأسيس لحرمة الرد، و دفع توهم الجواز فى مثله، إذ هى كالصريحة فى إطلاقها لصورة مخالفة الفتوى مع الحكم، لأنه الذى كان الرد فيه فى معرض الجواز و الا فيكفى فى حرمة رده دليل وجوب الأخذ بفتواه، و ذلک واضح ظاهر كما لا يخفى.

ثمّ ليعلم أن عدم جواز نقض حكم الحاكم بالفتوى انما يختص بالنسبة الى ما هو محط نفس الحكم و لوازمه الشرعية و اما ملزومه فلا يشمله دليل حرمة النقض، مثلا لو فرض محط الدعوى صحة البيع فى الملاقى لعرق الجنب عن الحرام، من جهة النزاع فى نجاسته بملاقاته معه و عدمه من جهة الشبهة الحكمية، فحكم الحاكم

↕

ص: ۴۵

بصحة البيع موجب لحرمة رده بفتوى غيره بفساد البيع لفتواه بنجاسة عرق الجنب، و لازمه الحكم بتملک ثمنه لا جواز ارتكابه له، حتى فى مورد الدعوى، من اكله و شربه و الوضوء به، إذ مثل هذه الجهات ليست موارد حكمه، لأنه ليس الا إنشاء شخصيا فى محط الدعوى غير المستلزم لتحققه فى لوازمه، غاية الأمر دليل تصديقه انما يقتضى ترتيب لوازمه الشرعية دون غيرها.

و من هنا يفرق بين الحكم و الشهادة، لأن الدليل يشمل جميع ما تحكى عنه البينة، بخلاف الحكم الإنشائى، حيث إنه لا حكاية فى موادة، فلا يصدق الا فيما تعلق به إنشاؤه الذى موجعة إلى ترتيب ما له من الأثر الشرعى، فكان الحكم من تلک الجهة نظير سائر الأصول العملية التى لا تنظر الا الى الآثار الشرعية لا العرفية و لا العادية، و ذلک المقدار واضح كوضوح ان محط الحكم أيضا هو فساد هذا البيع الشخصى أو صحته، لا الصحة فى كلية الوقائع، لما سيأتى من أن حقيقة الحكم ليس إلا إجراء الاحكام فى الموارد الشخصية.

ثمّ لا فرق فى حرمة نقض الحكم بالفتوى بين فتوى نفسه من جهة تغيير اجتهاده أو فتوى غيره، نعم لا بأس بنقض مجرد الفتوى بالنسبة الى كل ما له أثر عملى فعلى، من دون فرق بين ما كان أثره أبديا كالنكاح و غيره، أو آنيا، إذ الامارة الجديدة تقتضى فساد النكاح من الأول.

و حينئذ فما عن الجواهر من عدم جواز نقض الفتوى فى مثل هذه الاعمال، منظور فيه. كدعوى عدم وجوب قضاء ما فات لقاعدة الاجزاء، إذ قد حققنا فى محله من عدم اقتضاء الأوامر الطريقية للاجزاء، فحينئذ إن تمت حرمة النقض فى أمثال هذه المقامات بالإجماع فهو و الا فللنظر فيه مجال.

و توهم شمول «لكل قوم نكاح» لمثل هذه الموارد منظور فيه، إذ غاية دلالته

↨

ص: ۴۶

إمضاء نكاح كل قوم بما يرونه واقعا فى مذهبهم، لا مثل هذه الأنكحة المعلوم كونها على خلاف الواقع، غاية الأمر ان دليل التعبد اقتضى صحتها ظاهرا.

و من التأمل فيما ذكرنا اتضح موارد جواز نقض الفتوى بالفتوى، و كذلك موارد جواز نقض الحكم به و ان ميزانه كل مورد علم وجدانا خطأ الميزان عن الواقع أو خطأه عن أصل الميزان، كأن يحكم على طبق البينة باعتقاد انه عادل فبان فاسقا، و فى حكمه لو ثبت ذلك ببينة و غيرها. و لو لا طريق آخر لإثباته كانت أصالة الصحة محكمة، فيحكم بنفوذ الحكم الصادر من الحاكم، من دون فرق بين صورة انقطاع الفصل بينهما حتى بتبعاته، من إيصال الحق إلى الغريم، أم عدم انقطاع تبعاته و لو لكونه فى حبسه مقدمة لاستنقاذ حق غريمه.

و عليه فلا يجب على الحاكم الثانى التتبع فى الحكم الأول، لمكان إحراز صحة حكمه و لو بالأصل و ان كان له ذلك فى المقامين استظهارا.

و توهم ان فى الصورة الثانية لما لم يتم الفصل، فلا مجال لأصالة الصحة الجارية بعد الفراغ عنه، فيجب عليه التتبع فى الحكم الأول، مدفوع بمنع كون الاستنقاذ من مراتب الفصل بل انما هو نظير القبض فى المتبايعين من تبعات الفصل و التمليك، لا من مراتبه الموجب لعدم صدق الفراغ منه، بل الفصل و التمليك انما يتحققان بنفس إنشائهما و انما البقية من آثارهما.

هذا مع انه لا وجه لتخصيص أصالة الصحة بالفراغ عن جميع المراتب، بل يكفى لجريانها مضى مقدار من العمل، الذى تكون صحته موضوع ترتيب سائر المراتب عليه كما لا يخفى، بل و لا مجال لتخصيص أصالة الصحة فى فعل الغير بحال مضيه أصلا، بل المختص به قاعدة الفراغ الجارية فى حق نفسه و هى غير أصالة الصحة فى فعل الغير كما لا يخفى.

↨

ص: ۴۷

و عليه فما يظهر من المحقق فى شرائعه من التفصيل بين المقامين منظور فيه.

ثمّ انه بعد التتبع، فان علم بخطإ القاضى الأول أو بعدم كون حكمه عن ميزان، فيجب عليه النقض لما بينا. و هل يجب عليه حينئذ اعلام المتداعيين بذلك، فالظاهر عدم الاشكال فيه، فى موارد الدماء و الاعراض، لأن كثرة الاهتمام بهما يوجب حفظهما على كل من يتمكن منه.

و أما فى الأموال فوجوبه مبنى على احد أمرين، إما من جهة كون مثل هذا من شئون القضاء عرفا، و لا أقل من كونه من شئون قضاة الجور، الثابتة لقضاتنا بإطلاق المقبولة و إما بدعوى صدق الإتلاف على مجرد سكوته و الا فلا دليل على وجوب حفظ مال الغير بالإعلام بعد فرض قيام الحجة للمحكوم له فى أخذه المال و دليل النهى عن المنكر غير ظاهر الشمول لمثل المورد. نعم لو كان المحكوم له عالما بخطئه، يجب على كل من يعلم بحاله نهيه عن عمله لكونه منكرا حتى لدى العامل.

هذا كله فى إعلام القاضى، و اما إعلام المفتى بنقض فتواه فى الشبهات الحكمية فقد يفصل، كما فى الجواهر، بين صورة انكشاف الخلاف قطعيا، و بين صورة انكشافه ظنيا اجتهاديا، فأفاد بعض الأعاظم بالوجوب فى الأول دون الثانى. و استدل لكل منهما بجهة مشتركة غير مناسب للتفصيل، فراجع الجواهر.

و الاولى المصير الى الوجوب مطلقا، لجريان مناط وجوب الفتوى، بل إطلاق دليله من قوله (ع) «من افتى الناس» فى بعض

الاخبار §الوسائل ج ۱۸ ص ۹ رقم ۱ باب ۴ صفات القاضى.

§ بل يمكن التمسك بوجوب إظهار الحق المستفاد من آيـة السؤال و الكتمان، بعـد عـدم الفصل بين سـبق السؤل و عدمه على اشكال فيه، بل و آية النفر أيضا بناء على حملها على وجوب الفتوى أو بتنقيح المناط فى الرواية.

↕

ص: ۴۸

و من هـذه الجهـات نلتزم بوجوب إرشـاد الجاهـل فى الأحكـام الكليـة و أمـا فى الموضوعـات الخارجيـة فلاـ دليل على وجوبه، خصوصا مع تصريح رواية اللمعة §الوسائل ج ۱ ص ۵۲۴ رقم ۱ باب ۴۱ من أبواب الجناية.

§ المعروفة، حيث ردعه الامام (ع) عن إعلامه.

نعم لو كـان ذلـك من الأـمور المهمـة فلاـ محيص من الاعلاـم مقدمـة لحفـظ مـا هو الواجب عليه، كما أشـرنا إليه فى الـدماء و الاعراض، أو فرض من عـدمه تضـييع حقوق كثيرة علم من الشارع عـدم رضاه به، و لو من جهة تنقيح المناط فى اخبار جواز بيع الوقف لذلك، فإنه حينئذ يحب عليه الإظهار أيضا مقدمة لحفظها.

توقف صحة الحكم على سبق الخصومة

ثمَّ انه هـل يعتبر فى الحكم أن يكون مسـبوقا بالخصومـة أم لاـ وجهـان أظهرهما الأول، لأن عمـدة الـدليل على حرمـة الرد هى المقبولـة المنصـرفة إلى سـبق الحكم بالخصومـة و لا أقل من كونه المتيقن منها فى مقام التخاطب المانع عن الإطلاق، و أما بقية الإطلاقـات مثـل وجوب الحكم بالحق و القسط و العـدل، فكلها مسوقـة لبيان كون الواجب هو الحكم بالحق، و أما محل الحكم بالحق فليس مثل هذه متكفلة لبيانه.

و نظير هذه عموم «وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اللّٰهُ فَأُولٰئِكَ هُمُ الْكٰافِرُونَ» §سورة المائدة: ۴۷.

§ فـإنه أيضـا فى مقـام بيان لزوم كونه حكما بما انزل اللّه، لا بيان مورده و محله، مع إمكان حمل هـذا على بيان وجوب الإرشاد بما انزل اللّه من الأحكام الكليـة من غير ارتباط له بمقامنا أصـلا، و عليه فأصالة عدم النفوذ فى غير المسـبوق بالخصومة محكمة، إلا

↕

ص: ۴۹

فى الحكم المتعلق بالسـياسات النوعيـة، و كـذا الهلال، إذ يمكن دعوى الجزم بأنها من شؤون قضاة الجور الثابتة لقضاتنا بإطلاق المقبولة.

ثمَّ ان الظاهر بمقتضـى انصـراف الـدليل كون الحكم متعلقا بمحط الدعوى فى شـخص الواقعة، فحينئذ ليس على الحاكم الحكم على كلى الواقعة بمقتضى اجتهاده فيها المستلزم لحرمة نقضه فى الكلى، كما انه لا مجال لان يكون محط الدعوى أيضا كليا لان مثل هـذه الـدعوى لا تكون ملزمـة على كليتها الشاملـة للموارد الخارجـة عن محل ابتلائه، فتكون دعواه حينئـذ كدعوى الأجنبى ماليـة شـىء لشـخص آخر غير مرتبـط به رأسا. نعم لو لم يعتبر فى الحكم سـبقه بالـدعوى الصـحيحة الملزمـة أمكن إثبات جواز الحكم على كلى الواقعة بإطلاق قوله: «أو سنة ماضية» §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۶۸ رقم ۶ باب ۱ كيفية الحكم.

§ على اشكال فى إطلاقه أيضا من هذه الجهة.

و حينئذ فلا عموم يقتضى نفوذ الحكم و عدم رده مطلقا، و لو قلنا بعدم اشتراط سبق الحكم بالخصومة فضلا عن القول به، و لعل

ذلك منشأ السيرة على عدم بنائهم على إصدار الحكم فى كلى الواقعة على وجه يصير ذلك منشأ قلب فتوى من خالفه فى مقام العمل.

و من هذه الجهة نقول بأنه لا بد فى شرح الحكم ان يقال بأنه إنشاء حكم فى واقعة شخصية بمقتضى فتواه فى كليها أو بمقتضى موازين أخرى، من دون فرق بين الإنشاء القولى أو الفعلى، كما انه لا يكون حقيقة إلا من الاعتبارات القصدية، و بمثله ربما يفترق عن العمل على طبق الامارة لا بعنوان الفصل، بل من جهة صرف وجوب التعبد بمؤداها كما هو الشأن فى العمل على طبق اليد و الاستصحاب و غيرهما مع عدم تحقق الفصل بهما.

↨

ص: ۵۰

سماع الدعوى على الدعوى

اشارة

بقى فى المقام شىء آخر، و هو أنه لو ادعى المحكوم عليه عدم صحة الحكم إما لعدم أهلية الحاكم أو عدم وقوعه عن ميزان الفصل أو خطأه لعلم المدعى عليه بكذب الشهود أو فجور اليمين. فلا يخفى أن طرف مثل هذه الدعوى إما نفس الحاكم أو المحكوم له، فعلى الأول فاما ان يكون الغرض من هذه الدعوى إثبات الغرامة على الحاكم و اما أن يكون الغرض ابطال فصله المنشأ لانتقال المال الى المحكوم له ظاهرا، كى يترتب عليه إلزام الحاكم الثانى برد المال الى المحكوم عليه بالحكم الأول. فإن كان الغرض من توجيه الدعوى الى الحاكم تغريمه فلا إشكال فى سماعها مطلقا، كان فى البين بينة أم لا، كان الميزان فى حكمه السابق بينة أم يمينا.

و توهم أن اليمين تذهب بحقه فلا مجال لدعواه التغريم على الحاكم، لأنها من شؤون ثبوت حقه فى المال فحيث لا حق له فلا تغريم له أيضا لغيره، مدفوع بأن ذهاب اليمين بحقه ليس ذهابا حقيقيا كما سيأتى ان شاء اللّه تعالى، بل هو ذهاب تنزيلى بلحاظ بعض الآثار الراجعة إلى الحالف من عدم تجديد الدعوى معه و عدم تقاصه من ماله، و أما دعوى التغريم على الحاكم المتلف عليه شرعا فلا يمنعه مانع، و حينئذ فلا قصور

↨

ص: ۵۱

فى توجيه مثل هذه الدعاوى إلى الحكام فيلزم الحاكم بالجواب فى هذه الدعوى بإنكار أو إقرار فتترتب على كل واحد منهما آثاره.

و أما لو كان الغرض من توجيه الدعوى المزبورة اليه ابطال فصله، فان كان دعواه فساد حكمه من جهة خطأ الميزان عن الواقع، فالظاهر عدم سماعها، من جهة انه مستلزم لعدم انتهاء خصومة المدعى القاطع بمحقية نفسه، كيف و ينتهى أمر مثل هذه الخصومة إلى التسلسل، لان القاطع بخطإ الحكم قاطع أيضا بخطإ الحاكم المزبور، و هكذا الى ان يتسلسل، و من المعلوم من مذاق الشرع عدم رضائه بمثل هذه الخصومة غير الصالحة للانقطاع ابدا، مضافا الى إمكان دعوى السيرة على عدم سماعها، و ان لم تشملها أدلة حرمة رد الحكم. إذ هو متعلق بالحكم الصحيح المحتمل مطابقته للواقع، و مثل هذه الدعاوى ناشئة عن جزم المدعى بفساد حكمه.

و اما لو كان الغرض من الدعوى فساده من جهة عدم أهلية الحاكم أو عدم صلاحية الميزان للميزانية لفسق الشهود أو غيره، فظاهر كلماتهم سماع الدعوى مع وجود البينة مع المدعى، خلافا لظاهر المستند حيث أنكر مثل هذه الخصومة بإطلاقها، الشامل لصورة وجود البينة أيضا، نظرا الى ان من شرائط سماع الدعوى كونها ملزمة لحق أو مال على الخصم المدعى عليه، و فى هذه الدعاوى على الحاكم لا يثبت شىء عليه.

و لكن فيه منع اعتبار هذا المعنى من الملزمية فى سماع الدعوى، بل غاية شرطها كونها مما يترتب عليها حق من جهة خصوصية راجعة إلى الخصم. و لقد أجاد العلامة الكنى- رحمه اللّه- حيث صرح بسماع الدعوى المزبورة مع وجود البينة، لإطلاق دليل سماع الدعوى، بل ادعى نفى صراحة كلماتهم فى عدم سماعها فى فرض تحقق

↕

ص: ۵۲

البينة، بل صريح جملة من الكلمات سماعها مع البينة، و انما الإشكال فى سماعها بلا بينة، من جهة عدم انتهائها إلى ميزان، لأنه اما إقرار أو حلف إنكار أو غيرهما، و لا يكاد يتم واحد منها فى المقام.

اما الإقرار فلأنه غير نافذ بالنسبة إلى الغير. و اما الحلف فلانه غير مثبت لحق الغير إذ ليس مثله شأن الحلف كما سيجىء شرحه ان شاء اللّه تعالى. و لا يرد على الأول بإمكان سماع إقرار الحاكم بفساد حكمه بقاعدة «من ملك» النافذة حتى فى حق الغير.

إذ مثل هذه القاعدة على فرض تماميتها إنما تجرى فى صورة إحراز مالكيته للمقر به نفيا و إثباتا، و اما لو كان مفاد الإقرار نفى سلطنته على المقربة من جهة عدم أهليته أو غيره فلا مجال لسماعة أصلا كما هو ظاهر.

هذا كله لو كانت الدعوى متوجهة إلى الحاكم، و اما لو كانت متوجهة إلى المحكوم له، فلا اشكال ظاهرا فى عدم سماع دعوى خطأ الحاكم لخطأ ميزانه عن الواقع، لعين ما ذكرناه فى وجه عدم سماعها على الحكام للزومه التسلسل، خصوصا لو كان ميزانه اليمين الذاهبة بحق المدعى من حيث إسقاط دعواه و تقاصه. و اما دعوى الفساد من غير جهة الخطأ عن الواقع، فلا بأس بسماعها لكونها دعوى ملزمة بإقرار خصمه.

و توهم ان الإقرار فى المقام كيف يكون ملزما مع كونه مستتبعا لرد حكم الغير الذى هو ضرر عليه و الإقرار غير مسموع فى ضرر غيره، مدفوع بإمكان إثبات هذا النفوذ بفحوى ما دل على سماع تكذيب الحالف نفسه الشامل بإطلاقه لما بعد حكم الحاكم أو بتنقيح المناط، فيشمل فساد الحكم من غير جهة فجور اليمين، بل عدم الفصل فى كلماتهم من تلك الجهة بين الموارد يثبت المدعى.

↕

ص: ۵۳

هذا مع إمكان ان يقال: ان ضررية الإقرار على نفسه تكون برد المال الذى هو عين رد الحاكم، و من المعلوم انه ليس هنا جهتان قابلتان للتفكيك بينهما تعبدا، كى يؤخذ بإحداهما و تترك الأخرى، فحينئذ إذا انطبق على أمر واحد عنوانان أحدهما إقراره على نفسه و الأخر إقراره على غيره، فمن حيث إقراره على نفسه ينفذ و ان كان ذلك مستتبعا لكونه إقرارا على غيره، الا انه لا يمنعه عن النفوذ من الجهة الأولى، إذ غاية الأمر ان هذه الجهة لا تقتضى نفوذه من جهتها لا انها تقتضى عدم النفوذ من الجهة الأولى، فكان ما نحن فيه من هذه الجهة نظير إقرار المورث النافذ على وارثه و نظير إقرار المدين بشىء فى ذمته لعمرو، فإن إقراره لعمرو يكون بعين إقراره على نفسه، بمعنى كون نفوذ إقراره على نفسه بعين الحكم بملكيته لعمرو، إذ الاشتغال الذى هو منشأ لضرره هو عين استحقاق الغير فى ذمته شيئا، فنفوذ إقراره على نفسه يكون بعين الحكم بملكية ما فى ذمته لعمرو، و هذا

بخلاف العين الخارجية فإن إقراره بكونها لزيد لا يقتضى إلا نفوذه فى عدم كونها ملكه و لا يقتضى ذلك كونها لزيد حتى فى فرض انحصاره به فى الواقع، إذ الملازمة الواقعية لا تقتضى الملازمة فى مقام التعبد كما لا يخفى.

و من تلك الجهة نقول: انه مع عدم كون المال فى يد المقر لا يقتضى مثل هذا الإقرار كونه لزيد. و اما حكمهم فى صورة إقرار ذى اليد بملكية المال للمقر له فإنما هو من جهة ان اليد بعد ما اقتضت اختصاص المال بذى اليد و نفى اختصاص غيره به، فبإقراره ترفع اليد عن اعتبارها بالنسبة إلى المقر من ناحية ملكيته و بالنسبة إلى المقر له من ناحية نفى ملكيته و لكن يبقى اعتبارها فى نفى ملكية غير المقر له على حاله فحينئذ يستكشف من مجموع الإقرار النافى عن نفسه و اليد النافية لغير المقر له كون المال للمقر له، فمثل هذا الحكم فى الحقيقة جاء من قبل اليد فى ظرف وجود هذا الإقرار لا من قبل الإقرار.

↨

و الى مثل هذه الجهة نظرهم فى التعبير بكون المقر له بمنزلة ذى البد و بكونه منكرا إذا ادعى المال ثالث و بتقديم قوله. و عمدة الوجه فيه ما ذكرنا و الا فلو بنينا على إلغاء الإقرار لليد عن الاعتبار رأسا لما كان لهذا الكلام مجال، بل لا بد من المعاملة مع المدعى الآخر معاملة التداعى لعدم قيام حجة على وفق أحدهما و تمام المسألة فى محله.

و الغرض من التطويل فى المقام هو شرح موارد التفكيك بين الإقرار على النفس و على الغير أو له، و بين موارد عدم التفكيك بينهما، فعليك بالتأمل فيما ذكرنا كى لا يختلط عليك الأمر فى أمثال هذه المقامات المشتبهة.

فتلخص مما ذكرنا: ان كل مورد يكون الإقرار على الغير أو له بعين الإقرار على نفسه، فلا محيص عن نفوذه و عدم مانعية مثله عن نفوذ الإقرار على نفسه.

هذا كله حكم إقراره، و اما لو أنكر المحكوم له فساد الحكم من جهة عدم أهلية الحاكم أو عدم ميزانية الميزان، و مرجع الكل الى دعوى فساد الحكم من جهة عدم سلطنة الحاكم على مثل هذا الفصل، اما لقصور فى نفسه أو قصور فى ميزانه، ففى توجيه اليمين الى المدعى عليه حينئذ إشكال، لأنه حق متقوم بإثبات سلطنة الحاكم على حكمه، هذا و من المعلوم ان كل مورد يكون الحق متقوما بثبوت جهة فى الغير من حق أو سلطنة فليس شأن الحلف إثبات مثله، فكان ما نحن فيه من تلك الجهة نظير حلف الغريم لإثبات حق فى مال الميت المتقوم بكون ما له غير متعلق لحق احد فيه، فكما ان الحلف لا يثبت حقا للغير المتقوم به حقه بالعين كذلك فى المقام.

و ببيان آخر نقول: ان حق المحكوم له بحسب الظاهر ثابت فى المال بسبب حكم صحيح من الحاكم، فمع الشك فيه لا يثبت الحلف صحة الحكم المنوطة بإثبات الولاية للحاكم كى يترتب عليه المال، كما ان حق الغريم انما هو بعد تعلقه بالتركة

↨

فمع الشك بكونه تركة واقعا لا يثمر حلف الغريم تعلق حقه بالمال، لعدم إحراز كونه تركة، و مجرد يد الميت لا يثمر فى إثبات المدعى فى مقام الفصل، كما ان أصالة الصحة أيضا فى مسألتنا كذلك.

ثمّ انه بعد تمامية الوجه فى عدم توجه اليمين على المنكر فى هذه الخصومة، لا مجال لرد اليمين فيه الى المدعى، و لا لميزانية نكوله و ان قلنا به فى غير المقام، و عمدة الوجه فيه: انصراف أدلة الرد و النكول الى مورد كان له اليمين بدوا و الا فلا يكاد يشملهما الدليل كما لا يخفى.

تنبيه

إذا افتقر الحاكم الى مترجم، قال فى الشرائع: لا يقبل إلا الشاهدان و لا يقبل الواحد عملا بالمتيقن. و لقد بنى بعضهم المسألة على كون الترجمة من باب الرواية أو الشهادة. و لا يخفى أن ذلك الابتناء إنما يتم على فرض عموم دليل سماع الرواية، و الا فلو لم يكن فى البين مثل هذا العموم، لاختصاص أدلة حجيتها بالأحكام الكلية، دون الموضوعات الخارجية، لا مجال لهذا الابتناء رأسا.

ثمّ انه على فرض العموم المزبور أيضا لا مجال لهذا الابتناء، الا على فرض تمييز الرواية عن الشهادة مصداقا و الا فمجرد تميزها مفهوما مع اجتماع مصداقهما فى وجود واحد، لا يثمر مثل هذا النزاع شيئا أصلا، كما انه على فرض التمييز بينهما مصداقا أيضا لا يثمر مثل النزاع المزبور، الا على فرض عدم عموم لدليل الشهادة على وجه يشمل الشاهد الواحد، و الا فهو حجة على أى حال.

و لكن فرض عموم دليل الشهادة كعموم دليل الرواية فى غاية البعد، كما أن

↕

ص: ۵۶

تمييز مصداقهما على وجه لا ينطبقان على وجود واحد أبعد، لأن ميزان التمييز بين المصداقين إن كان بسبق الدعوى و عدم السبق بها- على ما هو المحكى عن شيخنا العلامة أعلى اللّه مقامه- فهو منظور فيه، لصدق الشهادة على الهلال و على بولية شيء أو خمريته، حتى فى مورد لم يكن فى البين مخاصمة أصلا و فى كثير من مقامات الاختلاف فى فتوى المفتى يسمع قول الراوى، مع كونه رواية فى مقام الخصومة و الاختلاف.

و أضعف منه توهم كون الميزان إثبات ما يترتب عليه الحكم و عدمه، لورود النقضين المذكورين عليه. و عن العلامة الأستاد فى بعض تقريرات مقررى بحثه الشريف: ان الفرق بينهما بكيفية نظر الدليل الى حجيته، فان كان ناظرا الى اعتبار صرف حكايته فهو رواية، و ان كان لاطلاعه دخل فى اعتبار حكايته عن الواقع فهو شهادة.

و لا يخفى ان مثل هذا الفرق على فرض تسليمه لا يجدى فى النزاع المزبور، و لو قلنا بعدم عموم لدليل الشهادة و عموم دليل الرواية، فإن مثل هذا الفرق لا يوجب اختلافهما مصداقا، بل المصداقان قابلان للانطباق على وجود واحد، بل لا يزال يكون كذلك. و حينئذ فلا ثمرة للنزاع المزبور إذ لا يزال يكتفى فى اعتباره بعموم دليل الرواية و ان لم يشمله دليل الشهادة.

و لئن قيل بان دليل الشهادة يقتضى إلغاء صرف حكايته ففى مورد شك فى كونه رواية أو شهادة يشك فى كونه من مصداق المخصص للعام أم لا، و لازمه عدم جواز التمسك به إلا فى مورد علم كونه رواية.

قلت: بعد فرض اتحادهما مصداقا فى جميع موارد دليل الشهادة من الموضوعات الخارجية، لازمه العلم بتخصيص دليل الرواية فى الموضوعات مطلقا، فلا يبقى

↕

ص: ۵۷

للنزاع المزبور وجه.

و كيف كان لا مجال لتحرير النزاع فى قبول مترجم واحد على النحو المزبور.

بل الاولى ابتناء المسألة- بعد الجزم بعدم عموم فى دليل الرواية أو تخصيصه بدليل الشهادة فى الموضوعات- على أن لدليل الشهادة عموما يشمل الشاهد الواحد أم لا.

و حينئذ فيمكن منع عموم الدليل، فالأصل يقتضى عدم اعتباره.

ثمَّ ان ظاهر المحقق: اعتبار الإسلام و العدالة فى كاتب القاضى، و ظاهر الجواهر أيضا تقريره، من جهة دخل الكتابة فى حفظ المراسلات أمرا و نهيا.

أقول: بعد انتهاء النوبة إلى حجية الكتابة من الكاتب تعبدا، لم لا يعتبر التعدد أو لا أقل من اعتبار الاطمئنان فيه، الذى هو المرجع عند العقلاء. و توهم الانسداد الصغير فيه لا يقتضى- على فرض تماميته- الالتزام بالشرطين. و عليه فالالتزام باعتبار الشرطين فى الكتابة فى خصوص المقام تعبدا لا وجه له، بل الأمر موكول إلى كليه.

الحكم بالبينة و تزكيتها

ثمَّ انه بناء على جواز حكم القاضى بالعلم فان تحقق علمه بالواقعة فهو (و ان انتفى العلم حكم بالشهادة) مع تمكن المدعى من إقامتها و (مع علمه) أى الحاكم (بعدالة الشهود أو التزكية) بإقامة البينة العادلة على تعديله و لو من جهة استناد علمهما بالملكية من المقدمات و اللوازم الحسية الملازمة لها عادة، بنحو يخرج أخبارهما عن الحدسية المحضة المنصرفة عنها إطلاقات أدلة البينة. و سيأتى شرحه أيضا فى ذيل كلام المصنف.

و هل يجب على الحاكم الفحص عن حال الشهود مع عدم علمه بحالهم

↕

ص: ۵۸

بالسؤال أو بطريق آخر، ظاهر المحقق فى شرائعه ذلك، و استدل له فى الجواهر بما هو المحكى عن النبى- ص- من فعله ذلك، و بإطلاقات وجوب الحكم على طبق الميزان الذى منه البينة العادلة، مثل ما دل على وجوب الحكم بالحق و القسط و العدل و أمثالها، نظرا الى كون مثل هذه القيود من قيود الواجب كالطهارة بالنسبة إلى الصلاة.

و لكن يمكن ان يمنع من إطلاقها من حيث تحصيل الميزان، كيف و لازمه وجوب تحصيل أصل البينة و لا أظن التزامه به، بل الظاهر كون مثل هذه الإطلاقات فى مقام بيان وجوب الحكم و كونه حكما بالحق، و لا نظر لها الى حفظ الميزان، بل لا نظر لها الى وجوب أصل الحكم، و انما المتيقن منها كونها فى مقام بيان انه لو حكم فلا بد أن يكون بحق، فكأنها ناظرة إلى إيجاب كيفية الحكم و خصوصيته، لا إيجاب نفسه.

و لقد أجاد فى الجواهر حيث أنكر قيام الدليل على وجوب الحكم بعنوانه الاولى على غير الامام و النبى و المأمورين من قبلهم. فحينئذ لا مجال لإثبات وجوب الفحص بملاك المقدمية من مثل هذه الإطلاقات.

و أضعف من الجميع التمسك بعموم «رجل قضى بالحق و هو لا يعلم» بناء على أن المراد هو العلم بالميزان أو الحق الأعم من الواقعى و الظاهرى.

إذ غاية دلالته وجوب تحصيل الخصوصية فى ظرف ارادة الحكم، لا- وجوب الحكم الخاص مطلقا، كى يجب تحصيله مطلقا مقدمة للواجب المطلق كالطهارة بالنسبة إلى الصلاة، فيكون تحصيل الميزان بمقتضى الرواية من قبيل الطهارة بالنسبة إلى مس كتابة القرآن لا بالنسبة إلى الصلاة الواجبة. و كم فرق بين المقامين و أما الرواية المحكى فيها فعل النبى، فمع ضعف سندها لا تدل على وجوبه، لعدم اقتضاء فعله (ص) ذلك، غاية الأمر استفادة الرجحان منه.

↕

ص: ۵۹

نعم لو ثبت وجوب الحكم مطلقا من الخارج أمكن إثبات حرمة الحكم بلا ميزان من مثل الإطلاقات المزبورة خصوصا الأخير منها، و لكن إثبات ذلك لو لا دعوى الإجماعات فى غاية الإشكال.

نعم على فرض ثبوته لا مجال لتوهم ان غاية دلالة الإطلاقات تحصيل مطلق ما هو الميزان، و من المعلوم أن مع العلم بالبينة العادلة ينحصر الميزان بها، و أما مع عدمه فمقتضى أصالة عدم وجود البينة العادلة ينتقل الميزان الى حلف المنكر، فلا يجب عليه الفحص أيضا، لإمكان الجواب بان دليل ميزانية الحلف منصرف عن صورة إقامة المدعى ببينته، و لو كانت مشكوكة الحال فلا بد ان يفحص عن مثلها مع أن أصالة العدم فى الشبهات الموضوعية قبل الفحص فى الأمور الراجعة إلى حقوق الناس أو أعراضهم أو دمائهم غير جارية، و لذا لا يظن اكتفاؤهم فى البراءة عن الدين الزائد على المقدار المعلوم، بصرف شكه بدون الرجوع الى دفتره مع كمال قدرته عليه، و هكذا فى الاعراض و الدماء فتأمل.

و على أى حال ففى الاكتفاء باعتراف الخصم بعدالتهما مع دعواه خطأ هما اشكال لعدم نفوذ إقراره إلا على نفسه، فليس له بعده دعوى الجرح عليهم، و أما إثبات الميزان به للحاكم ففيه إشكال، إذ ليس شأن طريقية الإقرار هذا المقدار، و مجرد كون الغرض من التزكية استظهار حق المدعى لا يقتضى سقوطه بإقراره، نعم ذيل المرسلة المحكية عن النبى (ص) و ان كان يدل على سماع قول الخصم، لكن إثباته بها فرع حجيتها، و لقد أشرنا سابقا إلى انها ضعيفة غير مجبورة.

ثمّ انه بناء على اعتبار العدالة بمعنى الملكة المعروفة، لا يجزى مجرد علم الحاكم بإسلام الشاهد و عدم ظهور فسقه إلا بجعله من طرق العدالة تعبدا، و لعل من اكتفى بهما يكون مذهبه فى العدالة الاكتفاء بذلك، اما فى حقيقتها أو فى طريق إحرازها، نعم لا بأس بالاكتفاء بحسن الظاهر، لما حققناه فى محله من كونه من طرق العدالة، فحينئذ لو علم

↨

ص: ٦٠

خلافه حين أداء الشهادة ينتقض حكمه السابق، و قياس المقام بباب الجماعة غير وجيه بعد بطلان القياس و اختصاص كل باب بدليل مخصوص، نعم لو انكشف فسقه بعد حكمه أو بعد أداء الشهادة فلا وجه لنقض حكمه، لعموم دليل حرمة النقض بمثله.

كيفية تزكية الشاهد و جرحه

(و) على اى حال فالمشهور انه (تسمع مطلقة) اى مطلق الشهادة بالعدالة بلا استفسار عن السبب فيها أى فى العدالة و كذا فى الجرح تسمع مطلق الشهادة عليه على الأظهر و ان كان (خلاف) المشهور فى (الجرح) لمصيرهم الى وجوب الاستفسار عن السبب و قد يوجه التفصيل المزبور بان الاستفسار فى العدالة مستلزم للحرج، لتعدد الكبائر التى لا بد من اجتنابه عنها بخلاف الجرح إذ يكفى فيه ارتكاب واحد منها.

و لا يخفى ما فيه من منع لزوم العسر فى السؤال عن اجتناب الكبائر، خصوصا إذا كان ذلك بنحو الاجمال مع أن نفى الحرج فى طرف الجرح لا يقتضى وجوب السؤال بعد إمكان حمل كلام الشاهد على الفسق الواقعى المستند إلى حسية سببه، بل ربما لا يثمر الاستفسار فى فرض إمكان حمل فعله على الصحة، مع فرض إحراز حسن ظاهره فى كونه مجتنبا عن سائر المعاصى، نعم لو لم يحرز حسن ظاهره و لو بقيام البينة على خلافه أو لم تجر أصالة الصحة فى حقه و لو من جهة ظهور حاله فى كون ارتكابه عن معصية، أمكن قبول قول الشاهد فى جرحه بل فى هذه الصورة يحتاج الشاهد الى المعدل و لو لم يكن فى البين جارح، لأن الأثر مترتب على عدالة الشهود لا على عدم فسقهم.

ثمّ ان ذلك كله لو لم يحتمل اختلاف الحاكم و المعدل أو الجارح فى حقيقة العدالة من حيث الشبهة الحكمية، و إلا فلا بد من

الاستفسار من جهة احتمال مخالفة

↕

ص: ۶۱

اعتقاده مع اعتقاد غيره.

و وجه ذلك هو: ان دليل الشهادة لا يشمل ما يكون حدسيا بحدس محتمل المخالفة لاعتقاده، و هذا غير الموارد المحتمل فيها حسيته أو حدسيته، المدعى قيام السيرة على قبولها. كما ان قياس المقام بأصالة الصحة المحمولة على الصحة الواقعية مطلقا باطل، مع إمكان منع السيرة عليه فى الأصل المزبور بإطلاقه.

و عليه فلا مجال للمصير الى قبول شهادة الجرح و التعديل مطلقا كما فى الجواهر و لا لإطلاق القول بالاحتياج الى الاستفسار كما عن بعض آخر، و لا لإطلاق الاحتياج إليه فى خصوص الجرح كما عن المشهور، بل التحقيق المصير الى قبر لهما فى الشبهات الموضوعية مع اتحاد الرأى، مع فرض عدم جريان أصالة صحة العمل فى حقه أيضا و إلا فلا يسمع الجرح مع إحراز حسن ظاهره من سائر الجهات حتى مع الاستفسار.

و أما فى الشبهات الحكمية مع احتمال مخالفة الاجتهاد فلا يسمع إلا مع الاستفسار، و لا يخفى ان مثل هذا التفصيل بين الشبهات الموضوعية و الحكمية جار فى كل ما يجرى الاجتهاد فى شرح حقيقة المشهود به كالملكية و الزوجية و أمثالهما.

و لكن الذى يسهل الخطب فى هذه الأمور غير مسألة الجرح، دعوى بعض قيام السيرة على سماع الشهادة مطلقا فيها بلا احتياج الى الاستفسار عن سببها، فان تمَّ ذلك فهو، و إلا فللنظر فيه بإطلاقه مجال، إذ مقتضى القاعدة هو الذى بيناه مفصلا.

ثمَّ انه لا اشكال ظاهرا فى جواز استناد الشهادة بالعدالة إلى حسن الظاهر الذى هو طريق إليها من جهة بعض النصوص الخاصة، مضافا الى إمكان استفادة قيامه مقام العلم الموضوعى على وجه الطريقية من عموم دليل اعتباره الدال على تتميم كشف الامارة عن الواقع، و لولاها لأشكل أمر جواز الشهادة بشىء بمحض قيام أمارة

↕

ص: ۶۲

تعبدية عليه، من جهة ان جوازها ليس من آثار واقع المشهود به، بل هو من آثار العلم به، إذ مع الشك فيه يصدق على الاخبار به الافتراء المحرم، فلا ترفع هذه الحرمة إلا ببركة العلم بمطابقته للواقع، و لذا نقول بان العلم بالمشهود به مأخوذ فى موضوع جواز الشهادة جزما، و ليس وجه حرمته احتمال كذبه، إذ من هذه الجهة كانت الشبهة موضوعية و هى مجرى البراءة قطعا.

تعارض الجرح و التعديل

ثمَّ انه إذا اختلف جارح و معدل، فان كان بنحو قابل للجمع بينهما و لو بان يكون أحدهما مصرحا باستناده إلى الامارة و الآخر غير مصرح به، أو أحدهما يكون مصرحا باستصحاب ما رأى منه من المعصية و الآخر بتوبته و حصول الملكة له جديدا، فلا إشكال فى الجمع بينهما بنحو ممكن.

(و) اما (مع التعارض) بينهما بان يصرح الطرفان بمعنى لا يمكن صدقهما فيه فقيل: (يقدم الجرح). و الحق التساقط مطلقا، كما إذا لم تكن هناك بينة للتعارض المقتضى لتساقطهما حتى فى فرض العلم باختلاف المستند لشهادتهما، لو لم نقل بترجيح المستند الى الوجدان، على المستند الى الأصل و الامارة، و ذلك لتساوى نسبة دليل اعتبار البينة إليهما و لازمه التساقط، بناء على التحقيق من طريقيتها لإثبات الميزان و ان قلنا بموضوعيتها على أصل الملكة بالإضافة إلى الفصل للخصومة مع إمكان دعوى ان

ما هو موضوع الفصل هو البينة الحجة على الواقع طريقا محضا، إذ لازمه أيضا عدم تحقق الميزان عند التعارض و لو قيل بأن البينة المعدلة بنفسها ميزان فى الفصل أو له دخل فى الميزان، لا انه طريق محض اليه.

مع إمكان منع موضوعيتها حتى بالنسبة إلى مرحلة الفصل، بل الفصل من آثار

↕

ص: ۶۳

نفس الواقع، غاية الأمر خصص دليل التعبد فى بعض المقامات مثل اليد و الاستصحاب و أمثالهما، بالنسبة إلى مثل هذا الأثر بعموم الحصر فى قوله: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» الناظر الى الطرق التعبدية، على ما هو عمدة التقريب فى استفادة جواز القضاء بالعلم، من مثل عموم من حكم بحكمنا، و ان كان التحقيق خلافه لظهور قوله: «رجل قضى بالحق و هو لا يعلم» فى بطلان قضائه و عدم فاصليته.

و من جهة ذلک لا بد من حمل مثل هذا العموم، و كذا سائر العمومات الدالة على وجوب القضاء بالحق و القسط و العدل، على الحكم فى مقام الفصل، و كذلک الحق و القسط فى هذا المقام، لا الحق المدعى به واقعا و لذا قلنا سابقا بان عمدة وجه الجواز للقضاء بالعلم هو قوله: «رجل قضى بالحق و هو يعلم» بناء على كون المراد من الحق فيه بقرينة مقابله هو الحق المدعى به لا الحق فى مقام الفصل قبال الفصل الباطل، مضافا الى تنقيح المناط المستفاد من القضاء على طبق البينة و اليمين، لبعد اشتراط ميزانيتهما بصورة عدم حصول العلم منهما.

بل ربما صارت مثل هذه الجهة من الاستبعاد سبب جعل بعض الأعاظم مثل الفاضل الكنى- قدس سره- العلم الناشئ منهما خارجا عن محل النزاع، و ان عمدة النزاع فى العلم الناشئ عن غيرهما.

و على اى حال فالتحقيق ان الفصل من آثار الحجة على الواقع لا من آثار نفس الواقع و لا من آثار ذات البينة و اليمين، و لو لم يكونا حجتين لعموم «قضى بالحق و هو لا يعلم» بالنسبة إلى الجهة الثانية «و قضى بالحق و هو يعلم» بضميمة قيام الامارة مقام العلم الموضوعى إلا ما خرج، بعموم الحصر المتقدم بالنسبة إلى الجهة الاولى، و عليه ظهر مما ذكرنا موضع النظر فيما حكى عن شيخنا العلامة أعلى اللّه مقامه.

ثمّ ان ذلک كله حكم صورة تصريح الشاهدين بأحد النحوين، و اما مع إطلاقهما فى الجرح و التعديل، ففى الجواهر: إلحاق هذه الصورة بالصورة الأولى، القابلة

↕

ص: ۶۴

للجمع. نظرا الى دعواه الانصراف فى التعديل بحكم الغلبة إلى حسن ظاهره، مع عدم علمه بصدور الفسق منه، و انصراف الجرح برؤية صدوره منه.

و لكن لا يخفى ما فى هذه الدعوى، من كون باب المنع فيه واسع، إذ على فرض تسليم الغلبة لا نسلم كونه منشأ لانصراف اللفظ و ظهوره فيه، بل غاية الأمر كونه خارجيا لا يغنى من الحق شيئا، فالمحقق حينئذ إلحاق هذه بالصورة الثانية المحكومة بالتساقط من جهة صدق التعارض بينهما عرفا، على وجه غير صالح للجمع بينهما لفظا كما هو ظاهر.

ثمّ انه لا إشكال فى صورة قطع المعدل أو الجارح بالعدالة و الفسق من حيث جواز الشهادة بمقتضى علمهما، و انما الكلام فى صورة عدم العلم بهما وجدانا مع قيام أمارة تعبدية عليه مثل حسن الظاهر، بناء على طريقيته للعدالة أو قيام بينة عادلة عنده على كل واحد منهما، ففى جواز الشهادة على طبقها بمقتضى القاعدة فرع اقتضاء أدلة الامارات تتميم الكشف، و الا فلو كانت ناظرة

إلى مجرد تنزيل المؤدى منزلة الواقع، فلا يكاد يصلح مثلها للقيام مقام العلوم المأخوذة فى الموضوع على نحو الطريقة.

و حينئذ فيحتاج الى دليل خاص تعبدى يمكن إثباته فى حسن الظاهر بمقتضى قوله: «إذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت شهادته» و هكذا فى اليد بالنسبة إلى الاملاک.

و اما غيرها ففى القيام مقام العلم على هذا المسلک اشكال و ان كان التحقيق خلافه.

ثمَّ إن هنا مسائل تعرض لها فى الشرائع لا بأس بالإشارة إليها.

منها: انه مهما ثبتت عدالة البينة أو فسقها نحكم ببقائهما الى ان نعلم بالمزيل لحرمة نقضهما بالشک، من دون فرق بين مضى زمان يمكن تغير الحالة فيه عادة، أو لا

↨

ص: 65

و التفصيل من خرافات العامة.

و منها: انه ينبغى للقاضى أن يجمع قضايا كل أسبوع فى كتابه ليبقى على ثقة منها فى الأزمنة الآتية مقدمة لرفع الخلط و الاشتباه.

و منها: انه فى كل موضع يحتاج الى كتابة ليس مئونة قرطاسه و غيرها عليه، بل كلها لما كانت راجعة إلى مصالح المسلمين فهى من بيت المال المعد لهم، و مع عدم بيت المال فليس على القاضى بذله من كيسه، بل يمكن نفى وجوبه حتى مع بذل الغير، وفاقا للجواهر فى التشكيک فى هذه الجهة.

و منها: انه يكره ان يضيف احد الخصمين دون الآخر، لما ورد من نهى الرسول- ص- عنه.

(و) منها: انه (يحرم) أخذ (الرشوة) على المعطى و الآخذ لقوله: «لعن اللّه الراشى و المرتشى» و المراد من الرشوة هو المال المعطى بقصد إحداث الداعى به على الحكم أعم من ان يكون بحق أو باطل، و ليس مثل هذا العنوان مختصا بما يجعل عوضا عن العمل الذى هو إصدار الحكم منه، و ان كان ذلک أيضا حراما على الآخذ، لما تقدم من ان من السحت أجور القضاة المنصرف إلى جهة قضائهم.

نعم فى شمول العنوان المزبور لما يعطى لمحض التحبب و المودة الداعية فى محله للحكم على طبق مرامه اشكال، و ان توهمه بعضهم. فالأصل حينئذ عدم الحرمة و صحة نقله بأحد العناوين المعهودة بعد الجزم بأن الإعطاء بعنوان التمليک لا بد ان ينطبق على هذه العناوين. نعم لو كان داخلا فى العنوان الفاسد من العناوين المعهودة الفاسدة أو غيرها كان فاسدا مع قطع النظر عن طرو عنوان الرشوة، فالبطلان الناشئ من ناحيته لا بد ان يكون فى مورد يكون العمل لولاه صحيحا ذاتا، و لازمه مع الشک فى شمول الرشوة المبطلة الرجوع الى دليل مقتض لصحته ذاتا.

↨

ص: 66

و من هنا ظهر ان الرشوة المبطلة لا بد ان تكون فى ضمن احد العناوين المقتضية للصحة، و عليه فيكفى فى رفع اليد عما يقتضى صحتها ما ورد: ان من أكل السحت الرشا فى الاحكام، حيث ان النهى عن نفس المال ملازم عرفا مع الفساد من دون احتياج فى إثبات الفساد الى التمسک بنواهى نفس الرشوة كى يرد عليه بان النهى المتعلق بالمعاملة بعنوان ثانوى مثل الإعانة على الإثم لا يقتضى الفساد، و هذا أيضا على فرض كون الرشوة نفس العمل من نحو التمليک بداعى كذا، و اما لو كان عنوانا للمال المعطى فالنهى يقتضى الفساد كما أشرنا اليه.

و من التأمل فيما ذكرنا ظهر لک ما فى كلمات الجواهر حيث ادعى دلالة حرمة المعاملة حتى بعنوان الإعانة على الإثم على

الفسـاد، و أيضا ظهر ما فى رد بعض المقررين من منع اقتضاء دليل الرشوة فساده مطلقا، و انما فساده فى صورة كونه جعالـة على الحكم لما ورد فيه انه سحت. و يظهر وجه ضعفهما من التأمل فيما ذكرنا.

ثمَّ انه لاـاختصـاص فى تحريم إعطاء المال رشوة بين كونه لاسـتنقاذ حق أو لمحض الحكم بالباطل، نعم مع انحصار الطريق فى استنقاذ حقه بالرشوة لا بأس به فى المعطى لعموم نفى الضرر بل الحرج و اما الآخذ فيحرم عليه أخذها، بل (و تجب إعادتها و ان حكم بالحق) لحرمته مطلقا على المرتشـى لإطلاق الخبر السابق، و مع التلف حينئذ يضـمن لكونه من صـغريات المقبوض بالعقد الفاسـد على اشـكال فى المجانيات، لما اشـتهر من ان كل ما لا يضـمن بصـحيحه لا يضـمن بفاسـده. و لقد حققنا المقال فيه فى كتاب البيع فراجع.

هـذا كله لو كانت الرشوة عينا و اما لو كانت عملا فضـمان المرتشـى فرع كون العمل بأمره أو بمقتضـى معاملـة فاسدة و الا ففى الضمان إشكال إذ لا مقتضى له حينئذ و ان كان العمل وافيا بغرضه.

↨

ص: ۶۷

وجوب إحضار الخصم عند الحاكم

(و) على اى حال (إذا التمس الغريم إحضار خصـمه اجابه) الحاكم، على المشـهور، فى الحاضـر فى البلـد قبل تحرير الدعوى، و فى الغـائب بعـده كمـا فى الشـرائع، مسـتندا إلى المشـقة فى الغـائب دون الحاضـر، و أورد عليه بأنه قـد يشق على ذوى المروات الحاضـرين فى البلـد أيضا، مع ان قضـية المشـقة تقتضـى عـدم لزومه حتى بعـد تحرير الدعوى، و لعله لذا التزم بعض بعدم لزوم الحضور مطلقا حتى بعد التحرير.

أقول: لا يخفى ان ظاهر هـذه الكلمات مفروغية تحقق مقتضـى الوجوب فيه، و انما الإشـكال فى إبداء المانع من مثل المشـقة، و لكن إتمام الدليل على أصل الوجوب أيضا مشـكل، إذ نمنع كونه من توابع حق دعوى المدعى، و لا كونه من لوازم استنقاذ حق من له الحق، خصوصا بناء على اقتضاء القاعـدة جواز الحكم على الغائب، غايـة الأمر هو على حجته غير المنافى لحرمة رده، و لو من جهة كون حجته ناظرة إلى نفى موضوع حرمة الرد، من صحة الحكم الصادر عن ميزان الفصل كما لا يخفى.

اللهم الا ان يـدعى كون الإلزام بالحضور من شـئون القضاء عرفا أو خصوص قضاة الجور الثابت مثلها لقضاتنا بالمقبولة، بل ربما يشعر قوله فى ذيل رواية عبد الرحمن:

«لألزم اليمين أو الحق» §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۷۳ باب ۴ كيفية الحكم.

§ بثبوت مثل هذا الحق للقاضى مقدمة لإلزامه بيمينه، و لو من جهة كون حضوره لدى الحاكم شرط يمينه.

و لكن ذلك أيضا على فرض تماميته لا يقتضى الإلزام بالحضور قبل تحرير

↨

ص: ۶۸

الـدعوى، بل و بعـد تحريرها بل غاية ما يقتضـيه هو إحضاره وقت توجيه اليمين إليه كى يلزم باليمين فى محضـر الحاكم، و مثله أجنبى عن محط البحث فى كلماتهم.

ثمَّ انه على فرض ثبوت الوجوب لا وجه للتفصـيل بين الإحضار قبل تحرير الدعوى فى الحاضـر فى البلد، و بعده فى الغائب، لأن اختصاص دليل الحرج فى- الغائب لا يقتضـى التفصـيل المـذكور، إلا إذا فرض قيام الحرج فى الغائب بالنسـبة إلى مقدار تحرير

الدعوى مع اقتضاء دليل الإلزام إحضاره مهما أمكن. و إتمام الأمرين فى منتهى الاشكال.

و على اى حال بعد البناء على لزوم الإحضار فإن مثل هذا الحكم ثابت مطلقا (الا فى المرأة غير البرزة أو المريض فينفذ إليهما من يحكم بينهما) بناء على لزوم الحكم فى حضور المنكر، و الا فيحكم فى غيابهما الا مع فرض توجه اليمين إليه، فإنه لا بد من الإنفاذ إليه كى يصير يمينه فى محضره.

↨

ص: ۶۹

الفصل الثانى - فى كيفية الحكم

اشارة

(و) يجب (عليه) اى على القاضى (ان يسوى بين الخصمين فى الكلام و السلام و المكان و النظر و الإنصات) على المشهور لما فى خبر السكونى المنجبر: «من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الإشارة و النظر و فى المجلس». و فى آخر: «فليساو» بدل «فليواس». و فى ثالث: النهى عن ضيافة الخصم الا و معه خصمه، و لوصية على (ع) لشريح: «ثمَّ واس بين المسلمين بوجهك و منطقك و مجلسك حتى لا يطمع قريبك فى جيفك و لا ييأس عدوك من عدلك» §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۵۶ و ۱۵۷ باب ۲ و ۳ آداب القاضى.

.§

هذا و لكن لا يخفى ان التعليل فى ذيل الأخير، يصلح للقرينية المانعة من ظهور الأمر فى صدره فى الوجوب، و عليه فيشكل استفادة الوجوب من مثله، و اما البقية فهو فرع العلم باتكال المشهور عليها، و دونه خرط القتاد، و حينئذ فربما يشكل أمر إقامة الدليل على أزيد من رجحانها. و لقد أجاد فى الجواهر فى منعه ذلك بمقتضى الصناعة و اللّه العالم.

↨

ص: ۷۰

و يجب أيضا (العدل فى الحكم) لما فى الرواية: «ثلاثة لا بد من حفظها: اقامة الحدود على القريب و البعيد، و الحكم بكتاب اللّه فى الرضا و السخط، و القسم بالعدل بين الأحمر و الأسود» §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۵۶ باب ۱ الآداب

§ مضافا الى الأمر به فى كتاب اللّه «أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» §سورة النساء: ۵۸

§ ثمَّ ان ذلك كله فى صورة تساويهما فى الإسلام (و) مع الاختلاف (يجوز ان يكون المسلم قاعدا أو أعلى منزلا و الكافر قائما أو اخفض) لقول رسول اللّه (ص): «لا تساووهم فى المجلس» §راجع الجواهر ج ۴۰ ص ۱۶۳

§ و فى التعدى عن مورد الرواية إلى غيره مع إطلاق النصوص السابقة نظر، الا فيما كان متعلقا بحفظ الشرف لا بمرحلة العدل فى الحكم، و الا فيجب التسوية بينهما جزما.

(و لا يلقن الخصم) بما فيه ضرر على خصمه مع علمه بفساد دعواه للنهى عن إضراره بمقتضى «لا ضرار» و هذا لا اختصاص له حينئذ بالحاكم، و اما مع عدم إضراره به و لو لعلمه بمحقيته فى دعواه، ففى إثبات الحرمة لو لا إطلاق معاقد الإجماعات نظر و عليه فيقتصر ذلك فى الحاكم دون غيره.

(و لو بادر أحدهما بالدعوى قدمه فيها) بناء على منع الإطلاق فى أدلة الحكومة من هذه الجهة، و الا فهو مخير فى تقديم أيهما

شاء لو لا إطلاق صحيح ابن مسلم §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۶۰ باب ۵ الآداب

§ الدال على تقديم من على اليمين و من إطلاقه يستفاد حكم ما لو وردا دفعة أيضا من دون احتياج إلى القرعة لعدم اشكال فيه حينئذ، و منه ظهر وجه ما افاده المصنف أعلى اللّه مقامه (و لو ادعيا دفعة سمع من الذى على يمين خصمه) و ان كان الاولى جعل ذلك مرجحا مطلقا.

↨

ص: ۷۱

اشتراط كون الدعوى ملزمة و عن جزم

و كيف كان مهما ابرز المدعى دعواه فى مجلس المحاكمة لا بد ان تكون الدعوى عن جزم و لو إجمالا بما يترتب عليها اثر ملزم، و الا فلا يكاد تنتهى مجرد الدعوى بشيء مجهول إلى الإلزام به بمقتضى الموازين، الا مع فرض الالتزام بجواز الاختلاف بين البينة و الدعوى من حيث الاجمال و التفصيل، و لكن ذلك أيضا انما يتم على فرض إطلاق الدليل على السماع الا ما خرج بالدليل، و لو كان الدليل المطلق بناء العرف الممضى شرعا بتقريرهم و عدم ردعهم فى سماعهم، و الا فلا مجال للسماع للشك فى كون المورد مما يصلح ان تقع فيه المخاصمة التى هى ظرف ميزانية اليمين و البينة فى مقام الفصل، و على اى حال لا مجال للمصير الى اعتبار كون المدعى به جزميا تفصيليا، فيكفى كونه على إجماله ملزما.

فما عن الشيخ- قدس سره- من عدم سماع دعوى فرس أو حمار منظور فيه، إذ لا وجه لعدم سماعها مع بناء العرف على سماعها و فرض انتهائها إلى الميزان أيضا من إقرار أو بينة إجمالا- أو تفصيلا أو يمين على نفيه مطلقا أو على ثبوتها إجمالا المقتضية لإلزام الخصم على الفراغ عن العهدة بأى طريق ممكن.

نعم لو لم ينته الأمر فى مورد الى ميزان الفصل، فسماع الدعوى فى مثله لغو

↨

ص: ۷۲

محض، فينتظر الى زمان تحقق ميزان فصله.

و من التأمل فيما ذكرنا ظهر انه لا تسمع الدعوى المجهولة من جميع الجهات حتى مع الجزم بملزميتها على فرض ثبوتها الا مع فرض قيام امارة على تهمة المدعى عليه، إذ العرف يسمعون مثلها، و بناؤهم متبع ما لم يردعهم الشارع و لم يثبت ذلك بل ثبت خلافه من جهة الاخبار الواردة فى القصار و الصباغ على جواز الدعوى عليهم بصورة الظن، نعم لو لم يثبت بناء العرف على السماع مطلقا فى موارد التهمة أشكل التعدى عن مورد هذه الاخبار من حيث اختصاصها بالأمين أو بكون المال مما يستصحب بقاؤه، إلى غيرها.

نعم فى ابراز مثل هذه الدعوى بصيغة الجزم فى غير صورة اقتضاء الاستصحاب أو امارة تعبدية أخرى على صحتها منه اشكال، من جهة كونه نحو افتراء محرم، و مع قيامهما لا- بأس به، لقيام مثلهما مقام العلم فى هذا الأثر كالفتوى على طبق الواقع بمقتضاهما كما لا يخفى.

ثمّ انه إذا تمت الدعوى، قال فى الشرائع: «هل يطالب الحاكم بالجواب أم يتوقف على التماس المدعى، فيه تردد، و الوجه انه يتوقف، لأنه حق له فيقف على المطالبة» انتهى. أقول: ظاهر هذه الكلمات ان للحاكم المطالبة فى الجملة، و ذلك أيضا بمعنى سلطنته على إلزامه بالجواب، لا- انه لحق عليه على وجه قابل لإسقاطه، و لا- بمعنى مجرد جوازه تكليفا. إذ لا مجال للشك فى

جوازه تكليفا و لو من جهة الأصل و لا فى بقائه على السلطنة عند القائل بها حتى بعد إسقاطه للاستصحاب.

و على اى حال إنما الإشكال فى أصل المبنى لمثل هذه السلطنة بعد اقتضاء الأصل عدمها، بضميمة عدم توقف استيفاء الحق على على جوابه، خصوصا مع وجود البينة للمدعى، لأن إطلاق ميزانيتها يقتضى جواز الحكم على طبقها و لو قبل

↨

ص: ٧٣

جوابه، بل و على فرض عدم إطلاق فى دليل الميزانية لا وجه للإلزام مقدمة لتحصيل الميزان، لما عرفت من عدم دليل يقتضى مثل هذه السلطنة، اللهم الا ان يدعى ان مثل هذه السلطنة من شئون القضاة اما مطلقا أو لا أقل من كونها من شئون قضاة الجور الثابتة لقضاتنا بإطلاق المقبولة، غاية الأمر لا إطلاق لها من حيث مطالبة المدعى، فيقتصر على المتيقن منه.

كما ان إطلاق إلزام الحاكم باليمين على فرض تسليمه لا يقتضى إلزامه بالجواب أصلا فضلا عن إلزامه بها قبل مطالبة المدعى، بل غاية ما يقتضى هو إلزامه باليمين بعد الفراغ عن إحراز كونه منكرا و وظيفته اليمين كما لا يخفى، و على اى حال فما عن الجواهر من عدم التوقف على مطالبة المدعى للأصل، منظور فيه.

إقرار المدعى عليه

ثمّ ان جواب المدعى عليه بعد الإلزام به أو قبله، اما إقرار أو إنكار أو سكوت.

و قيل بشق رابع و هو الجواب بقوله: لا ادرى، و سيتضح توضيح المقال فيه إنشاء اللّه تعالى كما سيجىء حكم صورة خامسة و هى: ان يجيب بأنه ليس له، على نحو يصرف الدعوى عن نفسه.

و بالجملة (فإن أقر خصمه) للمدعى (ألزمه ان كان كاملا مختارا) على ما هو المذكور فى محله من شرائط سماع إقراره، من دون فرق فى ذلك فى الدين و العين فى يد المقر، إذ على اى حال يلزم المقر بمقتضى إقراره و يحكم باشتغال ذمته للمقر له، بل يحكم بكونه مالكا، لأنه من تبعات سماع إقراره على نفسه كما أشرنا إليه سابقا.

كما ان فى العين أيضا يحكم بملكيتها للمقر له، لكن لا ـ من جهة إقراره، حيث انه لا يكون نافذا إلا فى نفى ملكية المال عن نفسه، بل انما هو بملاك اقتضاء اليد نفى ملكيته

↨

ص: ٧۴

لغير المقر له أيضا. و لذا يصير المقر له فى دعوى غيره عليه بمنزلة ذى اليد فيقدم قوله بيمينه.

و لكن فى كون أمثال هذه مناطا للفصل اشكال. بل ما هو مناط الفصل هو إقراره بما اقتضت حجيته و هو نفى ملكيته عن نفسه لا ملكيته لغيره، و من هذه الجهة نقول:

ان حكم الحاكم فى مثل هذه الصورة لا يقتضى إلا فصل الخصومة بينهما بحيث لا تسمع الدعوى من المقر و لا يقتضى عدم سماعه من مدع آخر، و ذلك أقوى شاهد على ان محط حكم الحاكم فى مقام الفصل ليس هو الملكية للمقر له، كيف و لازمه حرمة رده بالنسبة الى كل احد، و لازمه عدم سماع الدعوى حتى من غير المقر، و عدم اختصاص الفصل المنتزع عن حرمة الرد بالمقر وحده، و هو كما ترى لم يلتزم به احد و ذلك شاهد عدم كون الحكم بالملكية حكما فصليا و انما هو حكم بترتيب الأثر على طبق الحجة بالتقريب المتقدم.

و من هنا ظهر أيضا حال حكم الحاكم على طبق البينة على ملكية المال للمدعى إذ فى مثله أيضا ليس فصل الحاكم الا نفى

ملكيـة المنكر له. بمعنى انه تفصـل بحكمه خصومته فقـط لا خصومـة غيره، و ان حكمه بالملكيـة بمناط حكمه بترتب الأثر على طبق حجته لعموم دليله.

و عمـدة النكتـة فيه أيضا ان إطلاق حجيـة البينـة غير ملازم لإطلاق ميزانيتها للفصل بل انما هى ميزان عنـد تحرير المخاصـمة، و لازمه حينئـذ عدم ميزانيتها لملكية المال حتى بالنسـبة الى غير هذا المدعى الذى لم يحرز بعد خصومته، و انما هى ميزان للملكية بالإضافـة إليه لا مطلقا، و مرجعه الى الحكم بالملكيـة فى ظرف انحصار الأمر بينهما لا الملكيـة مطلقا، لعـدم اقتضاء ميزانيـة البينة أيضا أزيد من ذلك من جهة عدم إطلاق فى دليل ميزانيتها حتى بالنسبة الى غير من حرر التخاصم، و هكذا الأمر فى اليمين

↕

ص: ۷۵

و هذه الجهات منشأ حكمهم بان حكم الحاكم لا يكون فاصلا الا للخصومة المحررة من قبل المدعى دون غيره.

ثمّ انه قـد يشـكل فى ميزانيـة الإقرار لفصل الخصومـة من جهـة انه مع الإقرار لا خصومـة كى يحتاج الى الفصل مضافا الى كونه مخالفا لحصر الميزان فى قوله: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» فى بعض الروايات و «بالسنة الماضية» أيضا فى بعض آخر.

و لكن يمكن تخصـيص الحصـر بالإجماعات المتكررة فى كلماتهم، و اما ما أفيـد من عدم الخصومة معه فهو كذلك لو لم نقل بأن ثمرة الحكم كونه فاصلا للخصومة الفعلية و الشأنية نظرا إلى إطلاق حرمة رده كما لا يخفى.

ثمّ لا يخفى ان مجرد العمـل على طبق قول المقر لا يكون فصـلا و لو قيـل بأعميـة الفصـل من الإنشاء الفعلى، خصوصا لو كان العمل على طبق ملكيته للمقر له، لما عرفت من انه عمل فى الحقيقـة على طبق اليد أو الدعوى بلا معارض فى الأعيان، مع انه من الواضح عدم كون أمثال هذه من موازين الفصل، بل الفصل من الأمور الإنشائية القصدية الصادرة عن قصد تحققه بقول أم فعل.

و بهذا البيان أيضا نقول فى العمل على طبق البينة القائمة على ملكية شـىء لزيد انه نظير العمل على طبق قطعه أو على طبق اليد و الاستصحاب، فإنها كلها من لوازم حجيتها غير المختصة بالمجتهد بعد عموم دليل كل واحد منها.

و حينئـذ فلا وجه لما حكى عن بعض الأعاظم من كون العمل على طبقها مختصا بالمجتهـد، نظرا الى اختصاص فصل الخصومة به، و لا لمـا يجاب عنه من منع اختصـاص مطلق مراتب الفصـل بالمجتهـد، كيف و لو كان فصـلا كان بجميع مراتبه مختصا به، لاختصاص منشأ انتزاعه من حرمة رده بمثله.

↕

ص: ۷۶

و على مـا ذكرنـا فلا تنـافى بين عموم دليـل حجيـة الإقرار و البينـة لكل أحـد، و بين اختصاص الفصل بخصوص الحاكم بجميع مراتبه، و حينئـذ فلا بأس بالعمل على طبقهما قبل حكم الحاكم لكل أحد أقيمت عنده الحجتان كما أفاده فى الجواهر غاية الأمر لا يقتضى مجرد هذا العمل فصلا موجبا لعدم سماع دعوى المدعى بعده و انما هذه من شؤون الحكم الصادر عن الحاكم بعنوان الفصلية كما لا يخفى.

ثمّ ان مقتضـى إطلاق المصنف- قدس سره- بالتزامه عدم توقف الإلزام فصلا على التماس المدعى، وفاقا للجواهر من جهة كون زمام أمره بيـده للإطلاقات، و لكن فيه منع سوق الإطلاقات فى مقام البيان من هـذه الجهـة، كعـدم سوقها من حيث موازينه، اذن فالأصل يقتضى اعتبار ما شك دخله فى نفوذه.

و على أى حـال يجب على الحاكم و لو بعـد السؤال إنشاء الحكم فعلا أو قولا، و أما كتابـة صورة هـذا الحكم فلا يجب عليه، و حينئذ فلا بأس بأخذ الأجرة بإزاء كتابته و لا يشمله دليل حرمة الرشوة أو أخذ الأجرة بعد حكمه فعلا أو قولا.

و توهم شمول إطلاق دليلهما لجميع مراتب وجود الحكم حتى وجوده الكتبى منظور فيه. فيبقى حينئذ عمله هذا تحت أصالة احترام الأعمال المقتضية لجواز أخذ الأجرة عليه.

و لأن أغمض عما ذكرنا و قلنا بإطلاق دليلهما لجميع مراتب الوجود فللحاكم اختيار كتابته فى قرطاسه مع قصده العوض عن القرطاس المنقوش فيه حكمه، لأنه ربما يصير مثل هذا النقش سبب ماليته بأضعاف قيمته فله أخذ القيمة بإزائه.

و بالجملة نقول: انه لو صدر مثل هذا المعنى عن عالم جليل فليس للعوام الطعن عليه و رميه بأخذ الرشا فى أحكامه.

ثمّ انه بعد ما حكم الحاكم (فان امتنع) المحكوم عليه عن أداء الحق (حبسه)

↕

ص: ٧٧

الحاكم (مع التماس خصمه) لرجوع مثل ذلك إليه بملاحظة كونه من مقدمات استيفائه، و لا- أقل من الشك فى استقلال الحاكم فى السلطنة على الحبس فالأصل عدمه و لكن ذلك فيما أحرز كونه واجدا، أو بالأصل كى يشمله عموم «لى الواجد يحل عقوبته و عرضه» §الوسائل ج ١٣ ص ٩٠ باب ٨ الدين و القرض

§ و أما لو لم يحرز هذا العنوان ففى جواز الحبس اشكال لأصالة عدم سلطنة أحد على حبسه، بل ربما يقتضى الأصل عدم كونه واجدا، الذى لازمه عدم حلية عقوبته.

نعم قد يتوهم من إطلاق رواية حبس الأمير- عليه السلام- جوازه، و لكن فى إطلاقها من هذه الجهة نظر و تأمل، كالتأمل فى إطلاق كلام المحقق هنا و فى كتاب المفلس فراجع.

(و لو طلب المدعى إثبات حقه) فى قرطاس (أثبته مع معرفته باسمه و نسبه أو شهادة عدلين بالحلية) و الأوصاف المشخصة ليؤمن من التدليس. و لقد أشرنا أيضا الى ان مثل هذا المعنى غير واجب عليه فضلا عن كونه مجانيا لعدم دليل عليه فأصالة احترام العمل يقتضى جواز أخذ الأجرة عليه.

دعوى الغريم الإعسار

(و لو ادعى الإعسار و ثبت أنظره الحاكم) لعموم قوله تعالى «فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ» و فى الرواية «ان عليا عليه السلام ابى ان يحبس المعسر، و قال: ان مع العسر يسرا» §الوسائل ج ١٣ ص ١٤٨ باب ٧ الحجر

§ خلافا للمحكى عن الشيخ فى النهاية حيث التزم بدفعه الى الغريم

↕

ص: ٧٨

ليؤجره، لخبر السكونى المشتمل على قوله «فإنه ان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم ان شئتم و أجروه و ان شئتم استعملوه» §الوسائل ج ١٣ ص ١٤٨

§ و لكن أشهر الروايتين عملا هو رواية الانظار، بل هو موافق للكتاب الذى هو من المرجحات كمخالفة العامة، و ذلك أيضا لو لا دعوى ضعف سنده مع عدم جبره بهذا المقدار من العمل، و حينئذ فيخلى سبيله إلى ميسرة.

و فى وجوب التكسب عليه تكليفا وجهان مبنيان على كون وجوب أداء الدين وجوبا مطلقا أو مشروطا بالوجدان الفعلى و يكفى فى الثانى مجرد التشكيك فى إطلاق وجوبه من هذه الجهة، كما انه لا مجال للتمسك فيه بعموم دليل السلطنة على الإلزام، إذ المفروض انه مخصص بدليل الانظار، مع إمكان دعوى ان قضية السلطنة ليست إلا سلطنته على استنقاذ حقه الموجود لا سلطنته

على إلزامه بتحصيله، لمنع إطلاقه بهذا المقدار.
و من التأمل فيما ذكرنا ظهر أنه لا وجه للتفصيل بين ذى الحرفة و غيره بإلزام الأول لكونه واجدا عرفا دون غيره، لمنع صدق الوجدان الفعلى فى حقه، و مجرد اجراء حكم الغنى عليه فى باب الزكاة لا- يقتضى إجراء حكم الواجد الفعلى عليه، إذ من الممكن دعوى أو سعية دائرة الغنى عن الواجد فلا يقاس حينئذ موضوع كل باب بغيره، لو لا دعوى ان وجود مقتضى الوجدان بمنزلة الوجدان عرفا.
ثمّ ان ذلک كله فى فرض ثبوت الإعسار (و ان لم يثبت الزم بالبينة إذا عرف له مال أو كان أصل الدعوى مالا) من دون فرق بين البينة على التلف أو الإعسار، لعموم سماعها من المدعى بلا احتياج الى ضم يمين، للتفصيل القاطع للشركة، خلافا للمحقق فى كتاب المفلس، حيث فصل بين الفرضين و التزم بضم الحلف للبينة على الإعسار.

↕

و قد يوجه ذلک بان البينة على التلف بينة على أمر وجودى، فمع احتمال استنادها الى الحس تسمع بخلافها على الإعسار إذ هى بنفسها أو بمنشأها راجع الى الأمر العدمى الممكن كون اتكالها على نفى العلم، و حيث لم تكن بنفسها متبعة فلا- أقل من صيرورتها سببا لتقديم قوله بيمينه.
و لكن لا يخفى ما فيه، من أن مجرد إيكال الشاهد على أصله فى شهادته على فرض جوازه لا يخرجه عن صدق البينة التى هى الميزان فى الفصل قبال اليمين، كيف و الشهادة باشتغال الذمة الفعلية غالبا مستندة الى الأصل، ثمّ على فرض عدم ميزانية مثل هذه البينة لا- مجال لإلزامه بها على فرض عدم كونه وظيفته فى المقام، مع أنه على فرض الإلزام يمنع صيرورته منكرا بمحض قيام مثل هذه البينة غير المسموعة.
و بالجملة لا مجال للتفصيل فى سماعها من حيث قلب المدعى منكرا، و من حيث الفصلية فى فرض كونه مدعيا بنفسه، إذ على فرض السماع فلا بد أن تكون ميزانا فى فصل الخصومة، و على فرض عدمه لا يصلح لقلب المدعى منكرا كى يتوجه اليه اليمين.
و أضعف من التوجيه المزبور توجيه آخر فى وجه ضم اليمين اليه، بانحلال دعواه الى دعويين، إحداهما على وفق الأصل الذى هو بالنسبة إليها منكر، و الأخرى على خلاف الأصل الذى هو بالنسبة إليها مدع، فوظيفته اليمين.
و وجه الضعف أولا جريان مثل هذا الانحلال فى دعوى تلف جميع المال الظاهر فى حصره فى الموجود.
و ثانيا منع انحلال دعوى واحدة بعد كونه على خلاف الأصل فى الجملة إلى دعويين، كيف و فى كثير من الدعاوى يمكن تصوير مثل هذا الانحلال المحتاج الى

↕

ضم اليمين اليه و هو كما ترى خلاف ديدنهم فى الدعاوى كما هو ظاهر.
و هذا كله فى صورة سبق العلم بالمال (و إلا) أى و ان لم يسبق العلم به سواء علم عدمه أو لم يعلم بالحالة السابقة أصلا (قبل قوله مع اليمين) لكون قوله مطابقا لأصالة عدم المال أو اليسار فى الأول. و أصالة عدم السلطنة على عقوبته و إلزامه فى- الثانى، فيوجه اليه اليمين. و فى سماع البينة منه اشكال، للتفصيل الآتى فى وظيفة المدعى و المنكر القاطع للشركة، و لكن ظاهر إطلاق المحقق فى كتاب المفلس قبولها منه و سيتضح وجه ما أفاد و النظر فيه.

إنكار المدعى عليه

(و) على أى حال (ان جحد) المـدعى عليه (طلب البينـة من المـدعى) أو لا لترتب ميزانيـة الحلف للمنكر على فقد البينة على ما سيأتى فى اخباره، و الظاهر من طلبها مجرد إرشاد الجاهل الى وظيفته و الا فلا دليل على إلزامه لعـدم إطلاق فى وجوب الفصـل على وجـه يقتضـى حفـظ ميزانه كيـف و يلزم على المجتهـد حينئـذ الفحص عن وجـود الميزان و هـو كمـا ترى، و حينئـذ (فـإن أحضـرها حكم له) لتحقق ميزان فصـله (و إلا توجهت له اليمين) على المنكر بلا إشـكال فى غير الدماء من سائر الحقوق، لعموم اليمين على من أنكر، و انما الكلام فى اقتضاء العموم المزبور اختصاص الوظيفـة بيمينه أو ان ما هو حق للمـدعى على المنكر هو ذاك، و ذلك لا ينافى سماع البينة منه، لإطلاق دليله، بخلافه فى طرف المدعى، إذ لا إطلاق لدليل الحلف يشمل مثله.

هـذا ملخص ما يسـتفاد من بعض كلمات الجواهر. و تبعه فيه شـيخنا العلامـة فى بعض تقريراته المحكيـة. و اسـتدلاله قريب لهذا البيان، حيث أفاد تارة بأن الفقرة

↥

ص: ٨١

الثانية من قبيل الأمر عقيب توهم الحظر المناسب للإرفاق عليه، لعدم تمكنه من اقامة الشهود غالبا.

و أخرى بتنزيل إطلاق الفقرتين على الغالب بضميمة إطلاق دليل الحجية فى طرف البينة دون اليمين.

و لكن لا يخفى ما فيه، من أن مجرد إطلاق دليل الحجية غير مرتبط بمرحلة الميزانية، و عليه فكما لا يقتضـى دليل اليمين ميزانية الحلف من المـدعى فبعـد عـدم اقتضاء هـذا العموم بالتقريب المزبور، كذلك لا يقتضـى إطلاق دليل البينة ميزانية البينة من كل أحد.

هـذا مع أن الظـاهر بملاحظـة كونه فى مقـام البيـان حصـر الميزان فى كل منهما بشـىء غير الآخر، و يؤيـده ما فى روايـة منصور §الوسائل ج ١٨ ص ١٧١ باب ٣ كيفية الحكم رقم ۴

§ الصريحة فى أن عدم قبول البينة من المنكر بأمر اللّه.

حلف المدعى عليه

(فان التمسـها) أى التمس المـدعى اليمين (احلف) الحاكم (المنكر) على طبق إنكاره (و لا يجوز إحلافه حتى يلتمس المـدعى) بلا اشكال ظاهرا فتوى و نصا، لما فى جملة من الروايات §الوسائل ج ١٨ ص ١٧٩ باب ١٠

§ من تعليق ذهاب اليمين برضاه بها، بل فى بعضها: انه لو لا رضاه بها لكان يأمره بأخذ حقه تقاصا من مال المنكر.

و لكن لا يخفى ان الاستدلال بهذه الفقرات انما يتم على فرض كون ميزان الحكم

↥

ص: ٨٢

هو اليمين المذهبة لحقه، و الا فمجرد دخل الرضا فى ذاهبية اليمين بحقه لا يقتضـى نفى ميزانيتها مطلقا. نعم الذى يسهل الخطب منع إطلاق فى ميزانية اليمين على وجه يشمل عدم رضا المدعى بها، إذ إطلاقات اليمين طرا وردت فى مقام بيان غير هذه الجهة. فحينئذ يكفى لنا الشك فى ميزانية اليمين فى غير فرض رضاه بها.

ثمّ ان مجرد دخـل رضا المـدعى فى ميزانيـة اليمين لا يقتضـى حقيته على وجه قابل للإسـقاط. فما فى بعض كلمات المحقق من

التعبير بالحق فی المقام منظور فيه، لو أريـد منه هـذا المعنى. بل يمكن أيضا نفی سـلطنة المدعی علی الإلزام بها، بل له البذل فی ظرف رضا خصـمه بها، نعم للحاكم السـلطنة المزبورة بملاحظة كونه من شؤون حكومته، بل فی رواية عبد الرحمن «لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق» §الوسائل ج ١٨ ص ١٧٣ باب ۴

§.

و لكن ذلك المقدار أيضا لا يقتضی تقييد ميزانية اليمين بمطالبة الحاكم، بحيث لو بذل قبل المطالبة لا يكون ميزانا، اللهم الا ان يـدعی نفی إطلاق دليله من هـذه الجهة كنفی إطلاقه من حيث رضا المدعی، نعم فی خبر اليهودی الآتی دلالة علی الاكتفاء بها قبل المطالبة، و لكنه بواسـطة اشـتماله علی الحلف فی غير محضر الحاكم لا بد من طرح مثله، لما سيجیء من لابدية ذلك فيه و لو بحمله علی التقية من ولاة الجور.

و كيف كان (فان تبرع) المنكر ببذل يمينه قبل مطالبة المدعی و رضاه بيمينه بلا إحلاف من الحاكم أيضا (أو أحلفه الحاكم، لم يعتد بها و أعيدت مع التماس المدعی) لما عرفت من شـرطية رضاه فی ميزانيتها. ثمَّ بعد المطالبة المزبورة إما أن ينكل أو يرد أو يحلف.

↕

ص: ٨٣

نكول المنكر عن اليمين

(فان نكل و لم يرد ردت علی المـدعی) علی ما نسب إلی الأكثر من القدماء و المتأخرين خلافا لجماعة أخری منهم المحقق فی شرائعه من القضاء بمجرد النكول عن اليمين و الرد الی المدعی.

و فی المقام احتمالات أخری لم أر نسـبتها الی أحـد، منها: حلف المدعی بلا رد من أحد. و منها: حبس المنكر و إلزامه بالرد أو الحلف. و منها: توقيف الدعوی.

و لكن الاحتمال الأول فی غاية الضعف بعد عدم مساعدة قاعدة أو أصل عليه، و لا أظن التزامه من أحد. كما أن الاحتمال الثانی أيضا متفرع علی عدم تمامية أحد القولين السابقين، بضـميمة عدم رضا الشرع بتوقيف الدعوی. و لكن إحراز هذه الجهة الأخيرة فی غاية الإشكال، فاذن يدور الأمر بين الاحتمالات الثلاثة، مع ترتب الاحتمال الأخير أيضا علی عدم تمامية أحد الأولين.

و توهم أن التوقيف مستلزم للضرر، ممنوع لعدم إحراز محقية المدعی بعد كی به يحرز الصغری.

↕

ص: ٨۴

و عليه فلا بد أولا من التكلم فی وجه القولين الأولين فإن تمَّ فهو و إلا فلا محيص إلا من المصير إلی التوقيف.

فنقول: أما القضاء بمجرد النكول فقد يستدل عليه بوجوه:

منها: عموم قوله: «البينة علی المدعی و اليمين علی من أنكر» نظرا الی أن التفصـيل قاطع للشركة، فلازمه عدم كون اليمين وظيفة المـدعی إلا فی صورة رد المنكر لما سـيأتی من النص عليه. و لازمه- بمقتضـی عـدم القول بالفصل المدعی فی الجواهر- ثبوت ميزانية النكول.

و حينئـذ فلا يرد عليه ما أورده فی الجواهر من عدم تعرض الرواية لميزانية النكول بل مقتضـی العمومات الحاصـرة عدم ميزانيته، مضافـا الی كونه علی طبق الأصـل، إذ ذلـك انما يتم علی فرض عـدم تماميـة الإجماع المركب المزبور، و إلا فيمكن اسـتكشافه

بالتقريب السابق الحاكم على الأصول العملية اللهم إلا أن يقال: بعد العمومات الحاصرة أن الأمر بعد الإجماع المزبور يدور بين أحد التخصيصين، إما تخصيص عموم اختصاص وظيفة المدعى بالبينة، أو تخصيص عموم الحصر فيهما. و مع عدم الترجيح يتساقطان. فلا مجال لاستكشاف ميزانية النكول حينئذ.

بل من الممكن منع دلالة عموم «البينة على المدعى» على حصر أصل الميزان بل غاية الأمر يقتضى حصر ما يلزم به بالبينة فحينئذ لو دل دليل على إثبات وظيفة اليمين له فيبقى النكول تحت أصل العدم.

و حينئذ نقول: إن العمومات الحاصرة تقتضى نفى ميزانية غير المحصور فيه و بضميمة الإجماع المزبور يستكشف ميزانية اليمين منه و ان لم يكن بذاته ملزما به اللهم الا أن يقال: ان الإجماع المزبور يقتضى كونه ملزما به لو لا ميزانية النكول فلا جرم يلزم تخصيص ظهور ما دل على حصر ما يلزم به بالبينة، فينتهى الأمر حينئذ

↕

ص: ٨٥

إلى التساقط المزبور المانع من إحراز ميزانية واحد منهما كما لا يخفى.

و لكن لا يخفى أن الاستدلال المزبور مع قطع النظر عما قلنا فرع تمامية عدم القول بالفصل، و بطلان احتمال توقيف الدعوى، و إلا فلا محيص عن المصير الى ما ذكرنا من الاحتمال.

و منها: رواية حلف الأخرس المشتملة على قضاء أمير المؤمنين (ع) بامتناعه عن شربه، بتقريب أن ظاهر قول الإمام الحاكى لفعله (ع) فى مقام بيان كيفية حلف الأخرس، و لازمه ثبوت الإلزام بمجرد النكول، غاية الأمر لا بد من تقييده بالنكول عن الرد أيضا، و لا يعارض ذلك باحتمال تقييده برد الحاكم و حلفه، فإنه تقييد زائد للزوم التقييد الأول جزما. مع إمكان أن يقال: إن عدم دلالته على امتناعه من الرد من جهة كون امتناعه عن الحلف قدر متيقن فى مقام التخاطب، لا أنه منصرف اليه لظهور اللفظ، و حينئذ فيبقى ظهوره فى نفى التقييد من الجهة الأخرى بلا معارض.

و أضعف من الجميع توهم الاحتياج الى التقييد بكونه بعد الحكم، لإمكان حمل إلزامه على حكمه فى مقام الفصل، للجزم بعدم احتياج الفصل إلى إنشاء مخصوص بألفاظ خاصة.

نعم الذى يرد عليه عدم التزام المشهور بمضمون الرواية و تعين هذه الكيفية بل و أصل مشروعيته بل المشتهر بينهم الاكتفاء بإشارته فى حلفه كاكتفائهم بها فى تلبيته و قراءته، فمن الممكن حمل فعله (ع) على صورة علمه بظلم المنكر و امتناعه بعد تغليظ الأمر عليه.

و توهم أن عدم العمل بفقرة من الرواية لا يقتضى طرح جميعها، مدفوع بأنه كذلك لو لا الارتباط التام بينهما على وجه لا يرى العرف تفكيكا بينهما. و فيه ان المقام من قبيل الأخذ بالكبرى التى طبقها الامام (ع) على مصداق و طرح تطبيقها المحمول

↕

ص: ٨٦

على جهة أخرى و هو لا يضر بالاستدلال بالكبرى.

و منها رواية عبد الرحمن المشتمل صدرها على قوله: «فان لم يحلف فعليه» و ذيلها على قوله «و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه» و لكن لا يخفى ما فى صدرها من اختلاف النسخ. ففى نسخة الفقيه: تبديل هذه الفقرة بقوله: «و ان لم يحلف و رد اليمين على المدعى و لم يحلف فلا حق له» و من المعلوم انه مع هذا الاختلال لا يبقى مجال للتمسك بالحكاية الأولى، لاحتمال سهو الراوى المانع عن كونهما خبرين، و لا مجال فى مثل المورد لجريان أصالة عدم السهو، لأن فرض وحدة

السند و وحدة بقية الفقرات ربما يوجب تحقق الوثوق بوقوع سهو فى البين بمقدار مانع عن جريان الأصل المزبور.

و هـذه هى النكتـة فى عـدم عملهم فى موارد اختلاف الراويين فى متن روايـة، عمـل الخبرين كى يلاحظ كل منهما مسـتقلا ثمَّ تنسب إحـداهما إلى الأخرى فى مقـام العلاج من حيث التعارض و عـدمه، و أما ذيلها فهو فرع كون منشأ الإلزام بالحق نكوله و لكن من الممكن كون المنشأ إقراره.

هـذا كله فى وجوه الاكتفاء بمجرد نكول المنكر، و لقـد عرفت عدم تمامية واحد منها. و أما وجه رد الحاكم اليمين الى المدعى فتارة من جهـة كونه ممتنعا و هو ولى الممتنع و فيه أن ذلك فرع ثبوت ولايـة الحاكم على مثله خصوصا مع عـدم كونه حقا عليه بل هو حق له، نعم لو تمَّ دليل الولايـة كانت هـذه القاعـدة حاكمة على ما دل على حصـر الراد بالمنكر، و عليه فعمدة الكلام فى مثل هـذه الولايـة أو لا أقل من إثبات كون ذلك من شؤون القضاء أو من شؤون قضاة الجور الثابتـة لهم بإطلاق المقبولة، و كل ذلك مورد المنع.

و أضعف من ذلك التمسك بإطلاق «يرد» بصيغة المجهول فى ذيل رواية

↕

ص: ٨٧

عبـد الرحمن و روايـة هشام و رواية عبيد بن زرارة الشاملة لرد غير المنكر المخصـص بالحاكم إجماعا، إذ لمنع الإطلاق فى هذه الفقرات المستتبع للتخصيص أو التقييد بالمنفصل الى أن ينتهى إلى الواحد، كمال المجال.

و حينئـذ فلا طريق إلى إثبات مثل هـذه الجهـة بل بمقتضـى الدليل امره أهون و ان كان بمقتضـى الفتوى أشـهر، و عليه فلا جرم ينتهى الأمر إلى تعطيل الأمر عند عدم البينة لو لا الجزم باسـتلزامه تفويت حقوق كثيرة نقطع بخروجه عن مذاق الشـرع، المستلزم لاستكشاف الولاية على الرد بعد الجزم ببطلان بقية الاحتمالات إجماعا و بتا.

حلف المدعى و نكوله

(و) كيف كان ففى كل مورد يثبت رد الحلف الى المـدعى من المنكر أو الحاكم (يثبت حقه ان حلف المـدعى فان نكل بطلت دعواه) على المشهور، بل ادعى الإجماع على الحكم الثانى أيضا بالنسبة إلى خصوص مجلس المرافعة، بل عن بعض:

دعوى الإجماع على السقوط مطلقا.

و كيف كان فعمدة المسـتند للحكمين ما فى خبر البصرى: «و ان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له» §الوسائل ج ١٨ ص ١٧٣ رقم ١ باب ۴ كيفية الحكم

§ و مفهومه ظاهر فى الحكم الأول من ثبوت الحق باليمين. و نظيره صـحيح ابن مسـلم و صـحيح عبيد بن زرارة §الوسائل ج ١٨ ص ١٧۶ باب ٧

§ و فى المرسـلة: «ان يحلف و يأخـذ حقه فـان ابى ان يحلف فلا شـىء له». و فى مرسـلة أخرى: «فإن ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف و يأخذ ماله» §الوسائل ج ١٨ ص ١٧٧ رقم ۵

§ و ضعف سندهما مجبور بالعمل.

↕

ص: ٨٨

و حينئذ فلا إشكال فى مدرك الحكمين فى الجملة، و انما الكلام فى جهات أخرى:

منها: ان الظاهر ان مورد الروايات انما هو صورة إمكان صدور الحلف من المدعى، و حينئذ فلو لم يكن المدعى عالما كما فى الدعوى عن تهمة، فلا اقتضاء فى مثلها لتشريع الحلف عن غير بت، على وجه يصلح أن يخصص بها ما دل على اعتبار كون اليمين بتية.

و هكذا لا يقتضى مثلها تشريع الحلف لإثبات مال الغير، و حينئذ فلا تشمل دعوى الوكيل أو الوصى المتعلق بمال الغير، و ان كان ينتهى الأمر أخيرا إلى كون المال بيده. لكن ذلك متقوم بثبوته لغيره. و لقد أشرنا سابقا و سيأتى أيضا عدم مشروعية مثل هذه اليمين بمقتضى أدلتها.

و توهم انه بعد تخيير المدعى بين الحلف و النكول لا يقتضى مجرد اضطراره لترك احد الفردين إسقاط الرد بالنسبة إليه، بل غاية الأمر ينكل فيقضى بسقوط حقه.

مدفوع بمنع الإطلاق بهذه المثابة من الأول، بل الحكم بنكوله أيضا منصرف إلى صورة تمكنه من حلفه، فينكل لا مطلقا. و حينئذ فلا يكون فى مثل هذه الصورة ميزان إلا يمين المنكر.

و منها: انه قد ينازع بأن اليمين المردودة بمنزلة الإقرار من المنكر أو بمنزلة البينة من المدعى، و رتبوا عليه ثمرات، من مثل سماعه فى قبال بينة المدعى على الأداء على الثانى بخلافه على الأول، لأنه حينئذ بإقراره مكذب لبينته على الأداء، و مثل عدم الاحتياج الى الحكم على الأول و احتياجه اليه على الثانى، و مثل انه على فرض كونه إقرارا لا يثبت به إلا نفى ملكيته عن نفسه، و اما إثباتها لغيره فهو فرع قيام طريق آخر عليه كما قربناه فى إقرار ذى اليد، و هذا بخلاف كونه بمنزلة البينة فإنه بنفسه

↕

ص: ٨٩

مثبت لملكية المال له.

و لعل عمدة نظر من قال بأنه بمنزلة البينة استفادة ذلك من عموم حصر الميزان بالبينة بالنسبة الى المدعى، و نظر من قال انه بمنزلة الإقرار الى ان نكوله عن اليمين و رده الى المدعى عرفا بمنزلة الإقرار.

و لا يخفى ما فى الوجهين، لمنع اقتضاء أصالة العموم فى حصر الميزان التنزيل المزبور، و منع كون النكول لاحترام أو خوف بمنزلة الإقرار عرفا، مع ان لازم ما أفيد، كون رده إقرارا لا يمينه، و هو كما ترى، مع انه على فرض تسليم استفادة التنزيل المزبور يمنع العموم فيه على وجه يقتضى ترتيب جميع الآثار.

و عليه فلا بأس بسماع البينة على الرد مع تسليم كون اليمين بمنزلة الإقرار، اذن فالأولى جعل ذلك ميزانا مستقلا و يرجع فى سماع البينة أو الاحتياج الى الحكم الى مقتضى القواعد الذى هو سماع البينة من مدعى الرد و الاحتياج الى الحكم مطلقا فى مقام الفصل و عدم الاحتياج إليه فى أصل حجيته لإطلاق «ان حلف فله الحق».

و منها: ان مقتضى إطلاق الأدلة السابقة أيضا عدم اختصاص جواز الحكم بنكوله بخصوص مجلس دون مجلس، و حينئذ فلا مجال لتوهم بعض، من إمهاله إذا ذكر عذرا لنكوله الى زمان تمكنه من اقامة البينة، لأنه خلاف الإطلاق لو لا دعوى انصراف النكول فى الاخبار عن مثل هذا النكول، فإنه حينئذ يمكن ان يدعى عدم تمامية الميزان، للأصل كما يخفى.

↕

ص: ٩٠

عدم جواز التقاص بعد يمين المنكر

(و إذا حلف المنكر لم يكن للمدعى المقاصة و لا المطالبة و الترافع) بلا خلاف.

و عمدة السند فى ذلك ما فى رواية ابن ابى يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى».

و فى ذيلها أيضا: «فلا دعوى له» و فى أخرى: «نهيه عن التقاص» بضميمة قوله «ان ظلمك فلا تظلمه» §الوسائل ج ١٨ ص ١٧٩-١٨٠ باب ٩ و ١٠

§، و لا يخفى ان ظاهر إطلاق الظلم عليه كون ماله باقيا على عهدته، و ان إطلاق الظلم على الثانى من باب الازدواج كجزاء سيئة سيئة مثلها.

و من مثله بل و مما دل على جواز أخذه بإقراره و تكذيبه نفسه كما سيأتى أيضا ان شاء اللّه، ترفع اليد عن ظهور نفى الحق فى نفيه حقيقة بحمله على التنزيل بلحاظ الآثار المزبورة، و حينئذ ففى شموله لجميع الآثار حتى ما لا يترتب منه إلزام على الحالف كالعتق و نحوه نظر.

و أيضا مقتضى إطلاق «لا حق له» نفى السلطنة على الأمور المذكورة و لو قبل حكم الحاكم، و دعوى الجواهر تقييد ذلك ببعده كالفصل المترتب على البينة

↥

ص: ٩١

منظور فيه بعد بطلان القياس، بل يمكن أن يقال بان ما يترتب على الحكم بالبينة ليس إلا عدم مسموعية دعواه عند حاكم آخر جاهل بالواقعة، و الا فحرمة التقاص بالنسبة الى من يعلم بمخالفة الحكم للواقع لا وجه لها بعد ما تقدم سابقا من أن حرمة رد الحكم حكم طريقى لا نفسى حقيقى، نعم بناء على النفسية لا وجه لتخصيصه لخصوص رده ظاهرا لا فى باطن الأمر، إلا توهم كون مصلحته ملاحظة احترام الحاكم لا غيره، إذ حينئذ يصح ترتب كل ما كان يناسب هذا الاحترام.

و لكن إتمام هذه الجهات دونها خرط القتاد، و حينئذ فما فى بعض الكلمات من الميل الى مثل هذا التفصيل منظور فيه.

ثمّ ان ذلك كله ما لم يقر الحالف بكذب حلفه فلا يجوز مطالبته و التقاص منه (إلا أن) يقر أو (يكذب نفسه) فإنه لا اشكال ظاهرا فى جواز ذلك. و عمدة الوجه فيه ما فى الرواية المشتملة على قضية الوديعة و جحود الودعى فراجع §الوسائل ج ١۶ ص ٢١۵ رقم ٣ باب ۴٨ الايمان.

§، و يؤيده ما حكى عن الفقه الرضوى.

و اما ما أفاده فى الجواهر من كون الإقرار مثبتا جديدا فمنظور فيه، لأن دليل الإقرار لا يقتضى إلا طريقيته لإثبات الواقع بمقدار يكون إقراره عليه، و حينئذ فلو لا دليل خاص على تصديق إقراره فى خصوص المقام لكان عموم «لا حق له» حاكما على عموم دليل الإقرار، إذ هو انما يثبت إلزامه فى صورة احتمال بقاء السلطنة لصاحب المال فى هذه الحال، و مع اقتضاء الأدلة نفى سلطنة المالك على ماله لا يبقى مجال لإثباته بالإقرار جزما، اللهم الا أن يقال: ان الظاهر من قوله: «ان ظلمك فلا تظلمه» عدم جواز التعدى عليه، و مع إقراره بالحق فلا يكون التقاص منه تعديا عليه و ظلما، و حينئذ لا بأس بعموم الأدلة على سماع الإقرار كلية حتى فى المقام.

↥

ص: ٩٢

ثمّ ان ظاهر قوله: «إذا رضيت بيمينه» دخل رضاه فى مسقطية اليمين لحقه، و ذلك اما فى صورة رضاه به بقول مطلق فواضح، و

أما لو كان رضاه به بزعم عدم البينة فإن كان ذلك من باب التقييد و تخلف العنوان فلا يثمر الحلف عند عدم المعلق عليه و ان كان من باب تخلف الداعى فلا بأس بالاكتفاء به.

حكم الدعوى على الميت

(و لو كان) الطلب و الدعوى (على ميت احتاج المدعى) فى إثبات حقه عليه (مع البينة إلى اليمين على البقاء استظهارا) فلا اشكال ظاهرا فى الجملة و ان حكى عن المسالك نسبته الى المشهور، و لكن عن جمع آخر: دعوى الوفاق أو نفى الخلاف فى المسألة.

و عمدة السند فيه بعد كون مثل هذا الحكم على خلاف قاعدة حصر الميزان فى طرف المدعى فى البينة ما فى رواية عبد الرحمن المتقدمة المشتملة على قوله «و ان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعى اليمين باللّه الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان و أن حقه لعليه، فإن حلف و الا فلا حق له لأنا لا ندرى لعله قد أوفاه ببينة لا نعلم موضعها أو غير بينة قبل الموت فمن ثمَّ صارت عليه اليمين مع البينة فإن ادعى بلا بينة فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحى و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثمَّ لم يثبت الحق §الوسائل ج ١٨ ص ١٧٣ رقم ١ باب ۴ كيفية الحكم.

§ و فى ذيل صحيح الصفار: «و كتب: أو تقبل شهادة الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل. فوقع: نعم من بعد يمين»

§الوسائل ج ١٨ ص ٢٧٣ رقم ١ باب ٢٨ الشهادات.

§ و أما صدره فغير مرتبط بما نحن فيه إذ ظاهره صورة عكس مسألتنا من شهادة الوصى بدين

↨

ص: ٩٣

للميت على الغير و إمكان كون الجواب عنه حكمه بنفوذ شهادة غيره مع يمين بلا تعرض لقبول شهادة الوصى كى يحتاج الى حمل الوصى على الوصى فى حفظ الصغار محضا كى يخرج عق شهادة من يجر نفعا، بل و حمل اللام و على على معنى غيره كى يكون شاهدا على مسألتنا و يخرج عن معقد الإجماع على خلافه.

و بالجملة نقول: فى دلالة الخبرين كمال الظهور فى المدعى بعد جبر سندهما بالعمل، خصوصا مع قوة سند الأخير ذاتا، و بعد ذلك فلا مجال لبعض المناقشات التى أوردها فى الجواهر لما أفادها بأنها لا يستأهل ردا.

تنبيهات

نعم يبقى الكلام فى جهات أخرى منها: ان الظاهر من قوله «و ان حقه لعليه» كون المدعى صاحب حق مالى قابل لتحققه على عهدة المدعى عليه، و اما مجرد السلطنة على المال المأخوذ منه من جهة وصاية أو وكالة عن صاحب المال فلا يكاد يشمل هذه العبارة لها، لعدم كونه حقا على المدعى عليه، بل لو أغمض عن هذه الجهة من الاستظهار يبقى أيضا مجال استفادة التخصيص بغير الوصى و الوكيل، من كون المدعى فى الرواية لا بد ان يكون من شأنه اليمين، و معلوم ان الوصى و الوكيل ليس شأنهما ذلك إذ لا يمين على مال الغير.

نعم لا ـ يرد عليه بلا بدية كون اليمين على البت، إذ هو انما يمنع فى صورة كون الوصى جاهلا بالواقعة، و إلا فمع علمه أو قيام بينة عليه له فلا بأس بيمينه، بناء على التحقيق من قيام الامارة مقام العلم الموضوعى على وجه الطريقية. نعم لو لا هذه الجهة من

الکلام لا مجال فی المورد من الاکتفاء بالیمین علی نفی العلم أو علی الحق ظاهرا و لو من جهة توهم کون الروایة بصدد بیان ضم الیمین الذی هو شأن المدعی بحسب

↕

ص: ۹۴

حاله، أو انه شرط لحجیة البینة لا أنه مثبت للحق، إذ ذلک کله خلاف تعلیل الحلف بکونه نافیا لاحتمال الأداء حقیقة أو تنزیلا، و لیس ذلک إلا الیمین علی نفی الأداء واقعا لا غیره.

فحینئذ العمدة فی منع الشمول هو الذی أشرنا الیه. و علیه فالمرجع فیهما ما تقتضیه القاعدة من الاکتفاء ببینة المدعی.

و منها: ان ظاهر قوله: «و ان حقه لعلیه» أیضا کون المدعی به دینا، إذ هو الذی یصدق علیه انه فی رقبة المدعی علیه، و إلا فالمتعارف فی الأعیان التعبیر بکونها علی الید و أمثاله، و لکن یمکن الجزم بالمناط فی العین أیضا مع إمکان شمول التعبیر المزبور لمثله فتأمل.

و منها: ان ظاهر قوله: «انه مات و کان حقه لعلیه» مؤیدا لظهور التعلیل باحتمال الوفاء المختص بحال الحیاة، کون الحلف متکفلا لنفی احتمال الوفاء فی زمان حیاته و أما احتمال إسقاطه أو إبرائه بعد موت المدعی علیه فلا یصلح مثل هذا الیمین لنفیه، فیبقی مثل هذه الصور تحت القاعدة من الاکتفاء بالبینة.

و توهم ان الیمین لا- بد أن یکون علی طبق مضمون البینة القائمة علی الاشتغال الفعلی و لازمه تکفل الیمین لرفع جمیع الاحتمالات، مدفوع بظهور الروایة فی کون الرافع لاحتمال الوفاء هو الیمین فقط و لا یکون إلا بجعل البینة علی حدوث أصل الاشتغال و ان الیمین نافیة لاحتمال الوفاء. و علیه فیبقی الکلام فی مقدار ما یتکفله لرفع مثله فمع احتمال الاختصاص بما یجری فی زمان حیاته، فلا مجال لتشریع الیمین المزبورة فی غیره بل فی مثله یستصحب الحاکم و ذلک أیضا لا بمعنی استصحابه فی مقام حکمه بالاشتغال الفعلی کی یورد علیه بان الاستصحاب لا یکون میزانا، بل بمعنی ان الحاکم یحکم بالاشتغال علی طبق البینة علی الاشتغال السابق ثمّ یستصحب فی مقام إجراء حکمه و إنفاذه کما لا یخفی.

↕

ص: ۹۵

و منها: انه لو أقام المدعی شاهدا واحدا فعن القواعد الاکتفاء بالیمین الواحدة خلافا لبعض آخر ملتزمین بتعدد الیمین لعدم تداخل الأسباب، و لا یخفی ان فحوی هذه الکلمات یدل علی اکتفائهم بالشاهد الواحد بضم الیمین بدل البینة العادلة.

و لعل وجه ذلک مع تصریح الروایة بعدم الحق مع عدم البینة المنصرفة عنه جزما ما فی ذیل الروایة من التعلیل بقوله: «لأن المدعی علیه لیس بحی» إذ الظاهر ان هذه الفقرة علة لنفی الحق بواسطة عدم البینة و معلوم انه لا یتم ذلک إلا بکون المراد من البینة فی المقام مطلق حجة المدعی علی فرض حیاته إذ نفی خصوص البینة العادلة مع وجود حجة أخری لا- یوجب إلزام المدعی علیه بالیمین أو الحق و غیرهما.

هذا مضافا الی إمکان فاستظهار کون الروایة فی مقام تفرقة المیت عن الحی من حیث ضم الیمین بلا نظر فیه الی التفرقة من سائر الجهات، فیبقی عموم الاکتفاء بشاهد و یمین فی المالیات أو شاهد و امرأتین بحالهما.

و علیه فیمکن فی المقام المصیر الی عدم الاکتفاء بیمین واحدة و ان قلنا بتداخل الأسباب فی سائر المقامات لظهور الروایة فی کون الیمین زائدا عما هو وظیفة المدعی خصوصا مع ظهور الروایة فی اختلاف مضمون الیمین الاستظهاری مع ما هو جزء بینته علی أصل الاشتغال کما أشرنا.

نعم لا بأس بالاكتفاء فى يمينه بإنشاء واحد على الاشتغال السابق و نفى أدائه و و إسقاطه و إبرائه لكونه عند العرف بمنزلة اليمينين. و لا يخفى ان ذلك غير اليمين الوحدة على الاشتغال الفعلى الملازم لثبوته سابقا إذ لا إشكال فى عدم الاكتفاء به بناء على عدم التداخل.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر أيضا وجه قيام الشاهد و الامرأتين مقام البينة بالتقريب

↕

ص: ۹۶

السابق مضافا الى مكان دعوى كونها أيضا من مصاديقها حقيقة.

و منها: ان مقتضى التعليل بقوله: «لأنا لا ندرى» هل هو مجرد احتمال الوفاء الفعلى و ان يصلح المورد لتحرير دعواه من المدعى عليه ببينة فيما بعد كى يشمل العلة مثل الدعوى على الصبى و المجنون و الغائب أو هو احتمال وفاء غير صالح لتحرير الدعوى من المدعى عليه بعد ذلك أبدا كى يختص بالميت و لا يشمل غيره وجهان أقواهما الأخير و لا أقل من الشك فلا وجه للتعدى الى غير الميت خصوصا فى الغائب الذى هو مورد النص بجواز الحكم عليه بمحض البينة مع كون الغائب على حجته و سيتضح ذلك فيما يأتى ان شاء اللّه.

سكوت المنكر

(و لو سكت المنكر لآفة توصل إلى معرفة إقراره أو إنكاره) إلى إشارة مفهمة قطعا بلا اشكال و ظنا على اشكال فيه ناش عن كون إشارة الأخرس هل هو من قبيل ظواهر الألفاظ التى قامت السيرة على العمل بها من باب الظن النوعى أو التعبدى المحض على خلاف فيها، أو انها مثل الكتابة التى ليس بناؤهم على العمل بها بدون افادة العلم وجهان الأقوى هو الأخير لعدم ثبوت السيرة المزبورة فيها.

و لو استغلقت بحيث احتاج (الى مترجم) فلا بد من مترجمين عدلين (و لا يكفى المترجم الواحد) على ما تقدم تفصيلا فى كيفية رجوع الحاكم الى المترجم.

(و ان كان) سكوته (عنادا حبس حتى يجيب) بناء على وجوب جوابه كى ينتهى الأمر إلى ميزان من يمينه أو إقراره بعد عدم تمامية دليل النكول و الرد الذى كان المورد من مصاديقه أيضا، لو لم نقل أن المتبادر منها فى بادى النظر غيره و لا أقل من

↕

ص: ۹۷

كونه قدر متيقن فى مقام التخاطب كى يصدق عليه نكول المنكر.

و على أى حال يكفى فى مجرد وجوب الجواب الجزم بعدم رضا الشارع بتعطيل الواقعة بعد تحرير الدعوى بمجرد سكوت المدعى عليه، للعلم باستلزامه تعطيل الحقوق مع إمكان دعوى إدخاله فى شؤون القضاء عرفا أو خصوص قضاة الجور الثابتة لقضاتنا بإطلاق المقبولة.

و يؤيده ما فى ذيل رواية عبد الرحمن «لألزم اليمين» و ان كان فى دلالته على المدعى من الإلزام بالجواب نظر، بل النفس بعد لم تطمئن بكون أمثال هذه الأمور من نحو الإلزام بالحضور و الجواب من شؤون القضاء عرفا خصوصا مع بذل المدعى بينته و الحكم على طبق بينته لعموم دليلها.

غاية الأمر ان المدعى عليه على حجته على فساد الحكم لعدم الميزان أو دعوى الرد غير المنافى لحكمه بالاشتغال، اللهم إلا أن

يقال: إن المستفاد من بعض الاخبار الواردة فى الدعوى على الغائب عدم حجية البينة قبل الفحص عن حجة خصمه فى مقام الميزانية، بل ظاهر كلماتهم ذلك فان تمَّ هذه فيمكن إثبات مدرك للإلزام بالحضور و الجواب و إلا فللنظر فيه مجال. و سيتضح توضيح هذه المقالة فى الدعوى على الغائب فانتظر لتمام الكلام هناك.

ثمَّ ان فى كل مورد يثبت للحاكم الإلزام على الجواب كان له العقوبة على تركه بأى نحو يراه أنفذ فى الوصول الى المقصود من دون خصوصية للحبس فيه لو لا دعوى كونه أهون العقوبات المشكوك ثبوت السلطنة على جميع مراتبها له.

↨

ص: ٩٨

جواب المدعى على بلا اعلم

بقى الكلام فى التنبيه على أمرين: أحدهما: أنهم حصروا الجواب بالثلاثة المعروفة بلا تعرضهم لرابع، و هو دعوى نفى العلم بحقه، و اعتذر عن ذلك بعضهم بأنه داخل فى السكوت نظرا الى أن المراد منه السكوت عن الإقرار و الإنكار. و بعض آخر بأنه داخل فى الإنكار نظرا الى كون المراد من الإنكار هو إنكار الاستحقاق عليه فعلا و من جهة الأصل الجارى فيه.

أقول: لا يخفى أن دخوله فى السكوت فرع إجراء حكمه عليه و هو فرع إجراء أحكام النكول و الرد عليه بدعوى شمول إطلاق دليلهما لمطلق عدم حلفه، و إلا فبناء على عدم أثر عملى على الساكت غير الإلزام بالجواب فلا يكاد يشمل مثل هذا الأثر للمقام، و أما دخوله فى الإنكار فهو أيضا فرع عموم دليل وظيفة اليمين أو الرد لمثل هذا الشاك، و إلا فلو بنينا على اختصاصهما بالمنكر للحق واقعا فلا يشمل مثلها للمقام أيضا.

و عليه فلا بد ان يعتذر عن تثليث الجواب بأنهم بصدد تقسيم ماله اثر من الآثار المزبورة و أن سكوتهم عن هذا القسم لعدم اثر عليه.

↨

ص: ٩٩

و حيث اتضح ذلك فالعمدة فى المقام تنقيح موضوع الآثار المزبورة من انها على نحو يشمل المقام أم لا، فنقول: ان دليل وظيفة اليمين و ان لم يكن مختصا بخصوص المنكر بل عموم قوله «اليمين على المدعى عليه» شامل للمورد. و لكن عمدة الكلام فى أن دليل اليمين له إطلاق يشمل كل يمين ناف للاستحقاق الفعلى أو لا بد أن يكون اليمين على نفى المدعى به، لا يبعد فى المقام نفى الإطلاق لوجود المتيقن فى مقام التخاطب خلافا للجواهر المائل إلى أخذه بإطلاق دليل اليمين، و عليه فمقتضى الأصل عدم ميزانية اليمين على نفى العلم أو نفى المدعى به ظاهرا فى نفى المدعى به واقعا، إلا ما خرج فى توجيه الدعوى باشتغال ذمة المورث على الوارث متضمنة لدعوى العلم عليه كما سيأتى فى محله.

و حيث كان الأمر كذلك يبقى الكلام فى مطلب آخر، و هو أن مثل اليمين على نفى الواقع هل يتمشى من مثل هذا الشاك أم لا بعد الجزم بأخذ العلم فى الأدلة العامة الآتية موضوعا فى اليمين.

أقول: ان المقام عند وجود امارة له على نفى الواقع من صغريات مسألة قيام الأمارة مقام العلم المزبور، و لقد حققنا قيام ذلك فى محله، و أما الأصول فلا يصلح للقيام إلا الاستصحاب بناء على التحقيق من كون مفاده هو التعبد بإبقاء اليقين لا نفس الواقع المتيقن، و لكن ذلك انما يثمر فى مورد أخذ فى موضوعه مجرد اليقين لا نفى الشك، و إلا فشأن الاستصحاب ليس نفيه و انما هو ناظر إلى إبقاء اليقين فى ظرف الشك و هو غير نفى الشك كما لا يخفى.

و حينئذ فقيام الاستصحاب فى المقام فرع كون المأخوذ فى دليل الحلف مجرد اليقين به بلا استفادة نفى الشك و السترة فيه و إثبات ذلك ان كان مشكلا و لكن ظهور أدلتها فى الأول أيضا أشكل.

و عليه فلا يجوز له الحلف على نفى الواقع، و لازم ذلك عدم اثمار رده أو

↥

ص: ١٠٠

نكوله ورد الحاكم. إذ ذلك كله فرع الفراغ عن كون اليمين وظيفته فعلا غاية الأمر امتنع عنه باختياره.

ثمَّ ان ذلك كله فى صورة عدم وجود بينة المدعى و إلا فلا بأس بالأخذ بعموم ميزانيتها و الحكم على طبقها، و لعل التقسيم المزبور انما هو بلحاظ حال المدعى عليه بعد انتهاء الأمر إليه لفقد البينة فتأمل.

الحكم على الغائب

«الأمر الثانى» فى بيان الحكم على الغائب، فنقول: أولا ان مقتضى الأصل و ان كان عدم ميزانية ما هو مشكوك الميزانية و عدم نفوذ الحكم الا ـ ما خرج، و لكن إطلاق حجية دليل البينة لا قصور فيه بضميمة عموم «رجل قضى بالحق و هو يعلم» بعد البناء على استفادة تتميم الكشف من عموم دليل الحجية من مثل ذيل رواية مسعدة، بل و لو لا العمومات الحاصرة.

لكنا نقول بان مقتضى القاعدة ميزانية كل امارة يستفاد من دليلها تتميم كشفها عن الواقع، و عليه فلا نحتاج الى التمسك بمثل عموم «البينة على المدعى» و العمومات الحاصرة بنفسها لميزانية البينة فى أمثال المقام، كى يرد عليه بمنع كونها فى مقام البيان من حيث المورد، بل غاية الأمر استفادة الاختصاص فى مرحلة الميزانية بالمدعى أو ميزان الفصل منحصر بالبينة و اليمين و السنة الماضية، و اما فى أى مورد فلا يستفاد منها شيء.

و بالجملة نقول: ان مقتضى الإطلاقات بالتقريب المزبور ميزانية البينة من المدعى و جواز الحكم على طبقها و لو قبل سؤال المدعى عليه و لو كان حاضرا فى- المجلس فضلا عن كونه غائبا عنه أو عن البلد و ان كان دون المسافة فضلا عن ان يكون

↥

ص: ١٠١

بمقدارها، و لا ينافى ذلك أيضا كونه على حجته إذ هو كما بينا ينفى صغرى الحكم عن الميزان، لدعوى جرح شهوده أو يدعى الوفاء أو الإبراء و كل منهما لا ينافى أدلة حرمة الرد كى يدعى كونه على خلاف القاعدة أيضا نعم قد يظهر من الكلمات عدم نفوذ القضاء قبل السؤال عن الخصم الحاضر فى المجلس المستلزم لعدم حجية البينة و ميزانيتها قبل الفحص عنه من المدعى الحاضر بل جعل فى الجواهر هذه الصورة فى سلك المسلمات ناسبا لها الى الدروس أيضا، فإن تمَّ فهو، فيكون الخارج عن تحت القاعدة هذه الصورة فقط دون غيرها.

نعم قد يستظهر من بعض الاخبار قلب هذه القاعدة رأسا الذى لازمه الاحتياج فى جواز الحكم على الغائب الى اخبار خاصة و إلا فالأصل الثانوى يقتضى خلافه و ذلك مثل ما فى رواية البخترى: «لا ـ يقضى على غائب» و فى خبر آخر: «فلا تحكم لأحد الخصمين دون أن تسأل من الأخر» الى ان قال: «فما شككت فى قضاء بعد ذلك» و فى رواية العياشى: «فإذا أتاك الخصمان فلا تقض لواحد حتى تسمع الآخر فإنه أجدر ان تعلم الحق» و فى رواية ابن مسلم: «إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع من الآخر فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء» الى غير ذلك من الروايات §الوسائل ج ١٨ ص ١٥٨ باب ۴. و ص ٢١۶ باب ٢۶

§ الظاهرة فى وجوب الفحص عن حجة الخصم المعارضة لبينة المدعى أو النافى لحجته و بمثلها تقيد الإطلاقات السابقة ببعد الفحص المزبور.

و لكن الانصاف منع تمامية هذه الروايات لأن الأولى منها بإطلاقها معرض عنها، فمن المحتمل كونه لخلل فى سندها مع إمكان حملها على نفى القضاء البتى قبال الحاضر فى المجلس الذى لا يقضى عليه إلا بتا و لو من جهة السيرة أو الإجماع المستظهر من تسلمه فى كلماتهم كما عرفت من الجواهر، و اما البقية فيمكن حملها أيضا على مثل هذا المعنى بملاحظة حضور المدعى عليه كما هو منصرف الأخبار،

↕

ص: ١٠٢

مع إمكان دعوى اشعار التعليلات على شدة الفحص لتحصيل الواقع مهما أمكن الذى هو مستحب جزما، و من المعلوم ان اقتران الكلام بمثل هذه التعليلات الصالحة للقرينية يمنع من انعقاد ظهور الكلام فى وجوب الفحص.

و عليه فليس فى البين ما يوجب قلب القاعدة الأولية ليؤخذ بها إلا فى خصوص الحاضر فى مجلس المرافعة للإجماع أو السيرة، و الا فيؤخذ بالقاعدة حتى فى الحاضر فى البلد فضلا عن غائبه و لو بمقدار دون المسافة من دون احتياج الى التشبث بالأخبار الخاصة كى يدعى انصرافها إلى الغائب عن البلد بقرينة قوله: «إذا قدم» إذ ذلك انما يتم بناء على عدم تمامية الإطلاقات الأولية.

و مثل هذا المشى خلاف المشهور على المحكى فى قضاء الشيخ العلامة الكنى أعلى اللّه درجته.

و بعد ما ذكرنا كله لا يحتاج فى إثبات جواز القضاء على الحاضر فى البلد الغائب عن المجلس الى التمسك بقصة أبى سفيان كى يورد عليه بإمكان كونه من باب الاذن من حيث الولاية لا بملاك فصل الخصومة.

بقى الكلام فى مطلب آخر، و هو: ان المشهور اختصاص الحكم على الغائب فى حقوق الناس دون حقوق اللّه و استدل عليه فى الجواهر بما دل على ان الحدود تدرأ بالشبهة.

أقول: لا يخفى أن هذا الاستدلال انما يتم فى صورتين:

إحداها: فى صورة قيام البينة على مجرد شرب الخمر أو الوطى بالأجنبى بلا خصوصية كونه عن عمد و علم، إذ حينئذ مجرد قيام البينة على الشرب مع احتمال الشبهة فى حقه لا يوجب حدا عليه.

و ثانيتهما: ما لو فرض تمامية الأخبار السابقة على وجوب الفحص على وجه تنقلب القاعدة الأولى بقاعدة ثانوية من عدم جواز الحكم على الغير قبل الفحص عن حجته، فإنه لا مجال للحكم على الغائب الا ما خرج، و المفروض ان ما دل على جواز الحكم على الغائب أيضا لا عموم فيها على وجه يشمل المقام، و أما لو فرض بقاء

↕

ص: ١٠٣

القاعدة الأولى على حالها و قيام البينة على الفعلين عن عمد و علم فلا وجه لعدم الحكم على الغائب حتى فى الحدود لعدم شبهة حينئذ كى بها تدرأ الحدود غاية الأمر هو على حجته إذا قدم.

ثمّ على فرض عدم الحكم فى حقوق اللّه فلو كان المدعى به ذات جهتين كدعوى السرقة، لا غبار فى التفكيك بين الجهتين من الأخذ بإطلاق دليل البينة بالنسبة إلى إحدى الجهتين دون الأخرى، لإمكان التفكيك فى طريق الإثبات بين الجهات، و ما لا يمكن ذلك فإنما هو فى وسائط الثبوت و حينئذ لا مجال لإجراء احكام وسائط الثبوت فى وسائط الإثبات.

و أيضا لو بنينا على وجوب الفحص و عدم الحكم على الحاضر فى المجلس قبل الفحص عنه، فإنما يتم ذلك بالنسبة إلى نفس

الخصم الحاضر فی المجلس و أما بالنسبهٔ إلی وکیله الغائب عن المجلس فی دعوی أدائه إلیه فلا مانع عن الحکم علی طبق بینهٔ المدعی علی الوکیل لشمول القاعدهٔ الأولیهٔ لمثل هذه الصورهٔ بلا شمول دلیل المخصص له.

↕

ص: ۱۰۴

الفصل الثالث فی الاستحلاف

اشارهٔ

و هو نحو من الاعتبارات العقلائیهٔ المتقومهٔ بالقصد جدا نظیر التعظیم و التوهین و لا یبعد دعوی کونه من سنخ المراهنهٔ فی المالیات الموجبهٔ للوثوق لتحصیل مقصوده فکأن الحالف فی المقام رهن المحلوف به علی وقوع ما أخبر به وجودیا کان أم عدمیا بحیث کان فی اعتباره ینعدم المحلوف به و یفقد ما هو عزیز لدیه بکذب خبره و عدم وقوعه، و لذا ینسب الی الحالف إعدام المحلوف به عند انکشاف کذبه، بل ربما یصیر من حلف برأسه أو بعمرهٔ المؤاخذهٔ عنه فی حلفه به کذلک.

و حیث کان الأمر کذلک فنقول: ان من المعلوم ان الأمور الاعتباریهٔ القصدیهٔ لا یضاف الی احد إلا بتوسیط لحاظه فی ذهنه و بحسب اعتقاده، و لا یکفی فی هذه الإضافهٔ مجرد وجوده واقعا، و من جهةٔ ذلک یصح سلب تعظیم زید لشخص اعتقد انه عمرو فبان زیدا، و من هذا القبیل حلفه، و لازم ذلک اعتقاده بوجوب المحلوف به فی إضافهٔ الحلف الیه و کونه محلوفا به.

و علیه فقد یشکل الأمر فی الحلف باللّه أو بسائر أسامیه المختصهٔ به تعالی ممن لا یعتقد بذاته المقدسهٔ لکونه دهریا أو یعتقد بألوهیهٔ غیره مثل المجوسی القائل

↕

ص: ۱۰۵

بالنور و الظلمهٔ، مع انه ورد فی الروایهٔ بأنه «لا حلف حتی من المجوسی إلا باللّه» بل فی خبر: «لا یصلح حلفهم بآلهتهم»

§الوسائل ج ۱۶ ص ۱۹۶ باب ۳۲ الایمان

§ و وجه الاشکال انه کیف یصدر منه حقیقهٔ الحلف بالذات المستجمع الذی هو معنی لفظ «اللّه» مع اعتقاده بعدمه، بل لا محیص عن ارادته من اللّه ما هو بحسب معتقدهم إله و هو النور و الظلمهٔ لا خالقهما.

و توهم ان الظاهر من الحلف باللّه هو الحلف بنفس اللفظ لا المعنی کما عن بعض الأعاظم، کلام ظاهری، إذ من البدیهی ان الظاهر من الحلف بشیء هو الحلف بمعناه لا لفظه فکان اضافهٔ الحلف الی اللّه کإضافهٔ التعظیم الیه من کون المضاف الیه مسماه لا اسمه کما هو الشأن فی جمیع الألفاظ المأخوذهٔ فی حیز الحکم، إذ هی عبرهٔ لإیصاله الی معانیها لأنفسها من دون فرق بین کون اللفظ قابلا للحکم علیه أیضا أم لا.

نعم فی بعض الاخبار «و أضفهم إلی اسمی» §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۶۷ باب ۱ رقم ۲ کیفیهٔ الحکم.

§ و ظاهره و ان کان للاسم دخل فیه و لکن لا یتنافی ذلک مع ظهور البقیهٔ فی دخل معناه أیضا، فیستفاد من المجموع وجوب کون الحلف بذاته المقدسهٔ بتوسیط اسامیه المختصهٔ به.

و بهذا البیان ربما یجمع بین ما دل علی حصر الحلف باللّه الظاهر فی معناه و بین ما دل علی دخل اسمه فیه، و لازمه کون الحصر فی الاخبار ناظرا الی نفی الحلف بغیر ذاته المقدسهٔ لا بغیر لفظ «اللّه» فیبقی حینئذ إطلاق «اسمی» الظاهر فی الاکتفاء

بمطلق اسمه المختص به بحاله، من دون فرق بين اسم ذاته أو صفته، نعم يخرج ما لا يكون من الأسامى مختصة به كالموجود و الواحد و الأحد التى لا تشار الى ذاته المقدسة إلا بتوسيط القرينة، لانصراف اسمى عن مثلها.
و بالجملة بعد ثبوت دخل المعنى فى تمشى الحلف به جدا، كيف يمكن
↕
ص: ١٠۶
إضافته إليه بدون اعتقاده به، و عليه فلا محيص عن ارادة خلاف الظاهر فى رواية المجوسى إما بإرادة الحلف بلفظه أو الحلف بما هو معتقد المحلف بما هو موجود فى اعتقاده له لأنه المتيقن لدى الحالف لا- المعتقد بما هو خارجي، و عليه فلا مجال للتعدى إلى الدهرى الذى لا- يعتقد بشىء أصلا إلا- بدعوى تنقيح المناط فى التعدى و ذلك أيضا لو لا احتمال آخر فى المجوسى و هو الحلف على طبق ما اعتقده من اللّه غاية الأمر استفيد من قوله «و أضفهم إلى اسمى» اعتبار لفظه و لا يكفى لفظ النور و الظلمة، إذ مع هذا الاحتمال كما هو الأقرب إنصافا فى مثل هذه المقامات لا يبقى مجال لدعوى المناط أيضا بالنسبة إلى الطبيعى الذى لا يعتقد بشىء أصلا.
(و) من التأمل فيما ذكرنا كله ظهر انه (لا يجوز) الحلف (بغير أسماء اللّه تعالى) بل و فى بعض الاخبار: «من حلف بغير اللّه فقد أشرك» و فى آخر: «فقد كفر» الى غير ذلك من الاخبار التى منها ما فى صحيح ابن مسلم: «ان للّه عز و جل ان يقسم من من خلقه بما شاء و ليس لخلقه ان يقسموا إلا به» §الوسائل ج ١۶ ص ١٩١ باب ٣٠ الايمان. و المستدرك ج ٣ ص ۵۴.
§.
و قد يقال: ان ظاهر هذه الروايات خصوصا الأخيرة حرمة الحلف بغير اللّه فى مطلق الموارد حتى فى غير مورد فصل الخصومة. نعم فى دلالتها على نفى الفصل بها اشكال من جهة عدم اقتضاء النهى عن المعاملة فسادها.
نعم ما دل منها على نفى الحلف يكفى لنفى جميع آثاره التى منها ميزانيته فى مقام الفصل، بل لو لا هذه الإطلاقات كان يكفى فى نفى ميزانيته الأصل بعد عدم إطلاق فى دليل اليمين من هذه الجهة، و اما دلالتها على الحرمة ففيه أيضا إشكال إذ الظاهر من قوله: «و ليس لخلقه» نفى الحلف بنحو كان له تعالى و مثل ذلك أعم من الكراهة
↕
ص: ١٠٧
و هكذا ما فى رواية أخرى: «و لا- أرى ان يحلف الرجل» إذ مثل هذا التعبير يناسب الكراهة أيضا، بل و فى الخبرين الأولين المشتملين على الشرك و الكفر أيضا يمكن نفى الظهور فى الحرمة، لورود مثل هذه التعبيرات بل و أشد منها فى المكروهات.
و يؤيده قيام السيرة بمثل الأيمان من دون نكران فى غير مقام الفصل، و توهم التخصيص فى النواهى بخصوص مقام الفصل لا يساعده ما فى صحيح ابن مسلم المتقدم، لقوة ظهوره فى غير مورد الفصل من جهة صدره فراجع.
نعم الذى يرد عليه ما فى جملة من الاخبار من حلفهم عليهم السلام بغير اللّه، حيث انه لا يناسب الكراهة أيضا، و ذلك مثل قول الرضا (ع) «لا و قرابتى من رسول اللّه» §الوسائل ج ١۶ ص ١٩٣ رقم ٧ باب ٣٠ الايمان
§ و فى كتاب ابى جعفر (ع) «انى قد جئتك و حياتك» و عن ابى الحسن (ع) «و حقك لقد كان» §الوسائل ج ١۶ ص ١٩۴ رقم ١٠ و ص ١٩۵ رقم ١۴
§ و عن مواضع من نهج البلاغة حلفه بعمرة الشريف. و عن على ابن الحسين (ع) «نحن و بيت اللّه أولى بالنبى» الى غير ذلك من موارد حلفهم بغير ذاته المقدسة §الوسائل ج ١۶ ص ١٩٠ باب ٣٠

§، و معلوم أن مثله ينافى المرجوحية مطلقا.
و عليه فلا تخلو الاخبار عن المعارضة على وجه غير قابل لطرح احد الطرفين سندا لإمكان دعوى تواترهما إجمالا، و لا دلالة، إلا بحمل الأخير على صورة تحقق عنوان راجح فى حلفهم بحيث تمنع هذه الجهة عن كراهة ذاته، و عليه فلا مجال لجعلها قرينة على رفع اليد عن ظهورها فى الحرمة على فرض ظهورها فيها.
ثمّ ان ظاهر الإطلاقات عدم جواز الحلف بغير اللّه حتى من الذمى و لو كان ذلك أردع لهم، و لكن المحقق فى شرائعه التزم بجوازه لخبر السكونى من أن
↕
ص: ۱۰۸
أمير المؤمنين (ع) «استحلف يهوديا بالتوراة التى أنزلت على موسى» §الوسائل ج ۱۶ ص ۱۹۷ رقم ۴ باب ۳۲ الايمان
§ و ظاهر هذا التعبير كونها المحلوف بها لا غيرها كما احتمله فى الجواهر.
و عليه فلا بأس بالأخذ بدلالته لو لا ضعف سنده و عدم جبره، و عمل المحقق فقط غير صالح للجبر خصوصا مع احتمال عدم اتكاله بهذه الرواية، و انما أتكل بما فى صحيح ابن مسلم «سألته عن الاحكام، فقال: تجوز على كل دين بما يستحلفون» §الوسائل ج ۱۶ ص ۱۹۸ رقم ۹
§ و هو أيضا من جهة اختلال متنه- لأن فى بعض النسخ ما يستحلون، بل و الدلالة من جهة احتمال كون المراد ان فى كل شريعة ما يستحلفون به لا استحلاف أهل الملل فى شرعنا- لا يصلح للاتكال عليه على وجه ترفع اليد به عن الإطلاقات و اللّه العالم.
(و يستحب) قبل الاستحلاف (الوعظ و التخويف) كما فى رواية مشتملة على قصة الحضرمى و الكندى فراجع الجواهر §جواهر الكلام ج ۴۰ ص ۲۲۹- ۲۳۰
§ و مقتضى الإطلاقات أيضا الاكتفاء بقوله: لا- و اللّه ما له قبلى حق. (و) لكن يستحب (التغليظ) فى الحقوق مطلقا كما فى- الشرائع و (فى) الماليات بما بلغ (نصاب القطع فما زاد) على المشهور للصحيح «لا يحلف احد عند قبر النبى (ص) على أقل مما يجب فيه القطع» §الوسائل ج ۱۸ ص ۲۹۰ باب ۲۹
§ و مقتضى إطلاقه اعتبار النصاب المزبور فى مطلق الحلف، لو لا دعوى انصرافه الى الماليات.
بل و قد يشكل استحباب التغليظ مطلقا إذ غاية ما فى الباب ما ورد من حلف الأمير (ع) الأخرس، و ما ورد فى يمين الاستظهار، و فى ثالث تغليظه على اليهود و النصارى استظهارا للمسلمين، و مثل هذه الاخبار لا تقتضى إطلاق الاستحباب إلا بتنقيح المناط، فان تمّ فيمكن استفادة التفصيل من الجمع بينها و بين الصحيحة، و إلا
↕
ص: ۱۰۹
فلا بد من المصير الى تفصيل آخر من التغليظ فى المسلمين فى مالياتهم بمقدار النصاب و استحباب التغليظ فى غيرهم مطلقا فتأمل.
ثمّ ان التغليظ تارة بالقول و اخرى بالمكان و الزمان، و يكفى للأول ما فى يمين الأخرس، و قوله: «احلفوا الظالم.» §الوسائل ج ۱۶ ص ۲۰۰ باب ۳۳ رقم ۲ الايمان
§ و الثانى ما فى الرواية: «لا يحلف احد عند منبرى إلى قوله- إلا تبوأ مقعده من النار» §راجع الجواهر ج ۴۰ ص ۲۳۱

§ و نظيره خبر آخر و فى ثالث:

«فعليه لعنة الله» §المصدر أيضا عن سنن البيهقى

.§

و لكن فى دلالة هذه على استحباب التغليظ بالمكان نظر، نعم هى دالة على مشروعية التغليظ مكانا كثبوت مشروعيته زمانا بقوله «و رجل حلف بعد العصر يمينا فاجرة» §المصدر أيضا

.§

و عليه فلا بد من استفادة الاستحباب فيهما من فحوى ما دل على استحبابه قولا من قوله «احلفوا الظالم.» فتأمل.

(و) على أى حال لو امتنع عن اجابة التغليظ لم يجبر بل (يكفى) قوله: (و اللّه ما له قبلى كذا) كما أشرنا. و حينئذ لا مجال لإجراء حكم النكول عليه.

و توهم انه لو لم تجب الإجابة لما كان لاستحبابه على الحاكم معنى، منظور فيه إذ يكفى فيه كون مقتضاه استحباب اجابته، بل من الممكن منع الملازمة بين الاستحبابين أيضا و لذا نقول بأنه لو حلف على أن لا يجيب الى التغليظ فالتمسه خصمه من الحاكم فأجابه لم تنحل يمينه.

بل يمكن دعوى عدم الانحلال حتى على الملازمة بين الاستحبابين لو كان

↕

لنفى اجابته رجحان دنيوى، لأن مرجعه حينئذ إلى مزاحمة مقتضى الوجوب مع مقتضى الاستحباب، و من المعلوم أن الأول أولى بالمراعاة، نعم لو لم يكن له رجحان دنيوى لا بد حينئذ من تقديم دليل الاستحباب فى الإجابة على دليل اليمين، لأنه من باب الدوران بين التخصيص و التخصص كما لا يخفى.

كيفية حلف الأخرس

(و) المشهور: ان (يمين الأخرس بالإشارة المفهمة) و قد يوجه بقيام السيرة على كونها بمنزلة القول فى إبراز مقاصده من دون احتياج فى أصل مبرزيتها الى التمسك بالنصوص الواردة فى تكبيره و تلبيته و لو بتنقيح المناط هذا.

و لكن يمكن ان يقال: إن الحلف بحقيقته بعد ان لم يكن من مقولة المعنى محضا، بل هو كسائر الاعتباريات من الأمور الإنشائية المحتاجة إلى السبب فى إنشائه المبرز لمقصوده فحينئذ ان احتمل دخل الإبراز القولى فيه فلا يكفى مجرد اتكالهم فى أصل إبراز المقاصد منه بإشارته فى الاكتفاء بها فى إنشائه، بل يحتاج الى نص مخصوص دال على قيام إشارته مقام قوله فى هذه الجهة. و لهذه الجهة نحتاج الى التمسك بالأخبار الخاصة الواردة فى التكبير و التلبية و حينئذ فإن تمت دلالتها على البدلية و لو بتنقيح المناط فهو و إلا فللنظر فيه مجال.

نعم لو ثبت من الخارج- كما هو غير بعيد- الاكتفاء فى إنشائه بمطلق المبرز كانت السيرة المزبورة كافية بلا احتياج الى النصوص الخاصة، و لكن لازم ذلك الاكتفاء بالإشارة المزبورة حتى من المتمكن من القول الصريح و النطق الفصيح، مع ان ظاهر كلماتهم اختصاص الاكتفاء بالأخرس، و توهم قيام إجماع فى البين على خلاف إطلاقات الحلف كلام ظاهرى.

↕

اذن فالأولى أن يقال فى وجه التفصيل بأحد وجهين: أحدهما دعوى انصراف إطلاقات الحلف من كل طائفة الى ما يتمكن من أعلى مراتب الإظهار، و هو من كل طائفة شيء مخصوص، نظير ما قيل فى انصراف أدلة المسح باليد بباطنها، و مع ذلك تمسكوا بها فى المسح بظاهرها لغير المتمكن فراجع، و ثانيهما دعوى منع مظهرية الإشارة من المتمكن من القول الذى هو أعلى مراتب الإظهار، إذ من المعلوم أن عدول المتمكن من الأعلى إلى الأدنى يوجب وهنا فى دلالته، و لذا ترى الاكتفاء به عند وجود مانع من تلفظه، و فى الحقيقة تخرج الإشارة من مثل هذا المتمكن عن أصل الدلالة، لإيهامها إخفاء مقصوده.

و أما فى مورد كان له مانع عن إبراز مقصوده بقوله، فلا نسلم عدم الاكتفاء بالإشارة فى حلفه و إبراز سائر مقاصده. و لا يبعد دعوى انصراف كلمات الأصحاب أيضا عن هذه الصورة.

و على اى حال لا إشكال فى صدق الحلف مع الإشارة المفهمة من أى شخص و بعد ذا يصير مشمولا لإطلاقات الباب من دون فرق بين إشارته من وضع يده أو غيره، بل و يمكن التعدى منه الى كل مبرز حتى مثل شرب ماء غسل فيه اسمه تعالى على ما ورد به النص السابق، و بمثله تستكشف انه لا مدخلية لخصوص الإبراز بالإشارة فى حلفه.

و لعل طرحهم النص من جهة ظهوره فى التعيين خصوصا مع اشتماله على التغليظ غير الواجب اجابته و الحكم بنكوله مع عدمها، هذا كله مع إمكان منع المبرزية فى صرف الشرب على قصد الحلف و إنشائه، و حينئذ ففى أصل الاكتفاء به لو لا النص مع اعتباره سندا كمال مجال، و الغرض ان اعتباره مع إعراض الأصحاب عن مثل هذه الطريقة فى غاية المنع و اللّه العالم.

↕

ص: ١١٢

اعتبار مجلس القضاء فى اليمين

(و لا يحلف المنكر إلا فى مجلس القضاء مع المكنة) بلا خلاف فيه فى الجملة و إنما الكلام فى المراد من المجلس من انه المجلس المعد للقضاء و لو لم يكن مجلس سماع الدعوى، أو خصوص مجلس سماع الدعوى أو خصوص مجلس الحكم، أو انه كناية عن مطلق محضر الحاكم و ان التعبير به لاتحادهما غالبا وجوه، يمكن حمل كلامهم على الأخير خصوصا مع عدم مساعدة انصراف المطلقات بأزيد من ذلك و فى الزائد عن هذه الجهة يؤخذ بإطلاقها.

و توهم ان الرواية فى مقام بيان من له ميزان مخصوص من دون نظر فيها إلى مثل هذه الجهات فمع الشك فى دخل شيء فى ميزانيتها فلا بد أن يؤخذ به للأصل، مدفوع بظهور الرواية فى كونها فى مقام بيان أصل ميزانية الحلف على المنكر لا لبيان ثبوت المفروغ عن ميزانيته عليه كى يحتاج فى إثبات ميزانيته الى الخارج، و بعد ما فرض كونه فى مقام بيان أصل الميزانية فلا شبهة فى انه يؤخذ بمقدار ماله من الإطلاق، غاية الأمر بعد ملاحظة مقدار ينصرف إليه إطلاقها و هو ليس إلا كونه فى محضر الحكم و اما دخل مجلس دون مجلس فمدفوع بإطلاقها.

↕

ص: ١١٣

و يشهد لما ذكرنا انه لو لا الإطلاق فى الرواية من هذه الجهات لما كان مجال للتعدى عن دخل كلما شك فى دخله، من مثل كونه فى مجلس الحكم و الدعوى مع كون المجلس معدا للقضاء أيضا، و لا أظن التزام أحد بمثل هذه التضييقات فى ميزانية الحلف، و ذلك شاهد عدم اعتنائهم بمثل هذه التشكيكات فى ميزانيته من جهة إطلاق دليله.

و على اى حال لو لم يتمكن بتمكين منه فى محضر الحاكم فهل يجب على الحاكم ذهابه إلى منزله لسماعة أم لا وجهان مبنيان

على ان وجوب الفصل عليه هل هو مطلق حتى من جهة تحصيل الميزان أو مقيد بحصول شرائطه. و على التحقيق من منع الإطلاق فى أدلة الفصل المتكفلة لمثل هذه الجهة لا وجه للمصير الى وجوب ذهابه، مضافا الى منافاته لعظمة منصب القضاء.
و على أى تقدير هل يجزى إرسال وكيله فى سماعه منه فيه أيضا وجهان مبنيان على ان تحصيل مثل هذه المقدمات من الوظائف الخاصة على حسب الجعل الشرعى كنفس القضاء أم ليس من الوظائف المخصوصة بالقاضى بل شأن كل أحد تصديها و ان كان المخاطب بها خصوص القاضى، فعلى الأول لا مجال لإثبات التوسعة بأدلة الوكالة إطلاقا كانت أو سيرة لما عرفت غير مرة من أن أدلة الوكالة أنها إنما توسع ما كان شأنه التوسعة بعد الفراغ عن ثبوت هذه الشأنية و مع الشك فيها لا يبقى لإثباتها مجال.
نعم بعد الفراغ عن شأنية الصدور من كل أحد كان لأدلة الوكالة شأنية إثبات التوسعة و سلطنة المخاطب بها على التوكيل، و حينئذ فلا ـ بد أولا ـ من إثبات الشأنية المزبورة و إلا ـ فلا قصور لأدلة الوكالة و لو مثل بناء العقلاء لإثبات مشروعية الوكالة و الاستنابة فى الأفعال القابلة للتسبيب، و قصارى ما يتخيل من الطريق لإثباتها دعوى كون ذلك من شئون القضاة عرفا أو شئون قضاة الجور الثابتة لقضاتنا بإطلاق المقبولة فإن تمَّ ذلك فهو و إلا فللنظر فيه مجال.

ص: ۱۱۴

و لعل مثل هذا التشكيك دعى الجواهر على الإشكال فى الحلف عند الوكيل و احتمل إيقاف الدعوى الى أن يتحقق لها الميزان، لا أن نظره فيه الى ظهور دليل الاستحلاف فى المباشرة مع صلاحيته للاستنابة فيه، إذ من المعلوم ان مثل هذا الظهور محكوم باقتضاء أدلة الوكالة سلطنة المخاطب بعمل على الاستنابة فيه بعناية ان النائب هو المنوب عنه على وجه يصدق أن الفعل صدر عنه عناية و تنزيلا كما هو الشأن فى جميع موارد تشريع النيابة التى توسع ببركة دليل النيابة دائرة الموضوع.

اعتبار البت فى اليمين

(و) لا بد فى (اليمين) أن يكون (على) البت و (القطع إلا فى نفى فعل الغير فإنها على نفى العلم) بلا خلاف فيه فى الجملة.
و لا يخفى أن مقتضى ظاهر هذه العبارة المعروفة بينهم التفصيل بين اليمينين فى قطع الدعوى على الأمر الواقعى المتعلق بنفسه أو بغيره، لا ـ التفصيل بين كون المدعى به أمرا واقعيا راجعا الى نفسه أو علم المدعى بفعل الغير، إذ بناء عليه لا معنى للتفصيل المزبور بل يكون اليمين الفاصل مطلقا على البت، غاية الأمر تارة يكون المدعى به الاشتغال واقعا و اخرى علم المدعى باشتغال غيره.
و لذا التزم العلامة الكنى - أعلى اللّه درجته - بظاهر التفصيل و اختار كفاية اليمين على نفى العلم فى دعوى الاشتغال واقعا إذا كان المدعى به اشتغال ذمة غير المدعى عليه، بل التزم أيضا بعدم احتياج ذلك الى تضمن دعواه دعوى علم المدعى عليه باشتغال ذمة مورثه.
و لكن فى كثير من الكلمات مثل ما قاله المحقق فى شرائعه و صريح المسالك أيضا اشتراط دعوى العلم فى توجيه اليمين على نفى العلم علم المدعى عليه، و لا

ص: ۱۱۵

يخفى ان مقتضى الجمع بين عبارتى المحقق المعترضة للتفصيل الأول و تصريحه بهذا الشرط هو الذى أجاد به فى الجواهر، من

أن مراد المحقق و سائر الأصحاب اشتراط دعوى العلم فى ضمن دعوى الاشتغال الواقعى المتعلق بالغير فى توجيه هذه الدعوى عليه، بخلاف الاشتغال المتوجه الى نفسه فإنه لا يشترط ذلك فيه و ان اليمين الفاصل للدعوى الاولى هو يمين نفى العلم، بخلاف الفاصل فى الثانية فإنها اليمين على نفى الواقع عن بت.

نعم فى صريح الرياض و المستند جعل يمين نفى العلم فاصلا للخصومة فى دعوى العلم على المدعى عليه مع بقاء دعوى الاشتغال الواقعى بلا فصل، و لذا أورد بعضهم الإيراد على تفصيل الأصحاب، بتوهم ان غرضهم فى شرطية دعوى العلم أيضا ذلك و ان يمين نفى العلم عندهم أيضا يكون فاصلا لهذه الخصومة.

و لكن الإنصاف ان مثل هذا المعنى أجنبى عن كلمات المفصلين كما لا يخفى من جهة ان مقتضى الجمع بين الكلمات هو الذى أشرنا اليه، و لازمه عدم سماع الدعوى على الميت بعد اليمين المزبورة من الوارث، بخلاف ما لو قيل بمقالة الرياض و المستند فان محل هذه الدعوى بعد باق. نعم بناء على كون اليمين على نفى العلم فاصلا للخصومة رأسا يبقى الكلام فى وجه اشتراط توجيه هذه الدعوى الى الوارث بتضمن دعوى العلم عليهم.

و لعله من جهة ما هو المعروف بينهم من لابدية كون الدعوى ملزمة للخصم، و معنى إلزامه كون المدعى به شيئا على عهدة الخصم على وجه كان للمدعى السلطنة على إلزامه على الخروج عن عهدته، و من المعلوم ان هذا المعنى فى الدعاوى المالية على نفس الخصم فى غاية الوضوح و اما فى دعوى اشتغال الغير بالمال على وجه لا يكون الخصم إلا ملزما إلزاما تكليفيا واقعا من مال مورثه فلا يكاد يتحقق إلا فى ظرف

↥

ص: ۱۱۶

علمه إذ بدون علمه كانت ذمته بريئة بحيث ليس لصاحب المال إلزامه بأدائه فكيف يوجه اليه خصومته، مع أن مناط إلزامه علمه باشتغال ذمة مورثه.

و لا يخفى أن مرجع ذلك الى دخل العلم فى ملزمية الدعوى الذى هو من تبعات تنجز التكليف عليه فى هذه الصورة إذ بدونه تكون ذمته بريئة بالمرة فلا يكون له حينئذ حق توجيه الخصومة إليه لعدم سلطنته على إلزام برئ الذمة بشىء. و مثل هذا المعنى لا ينافى طريقية علم الخصم بالنسبة إلى تكليفه بتفريغ ذمة مورثه بلا موضوعية فيه ابدا على ما توهم.

هذا غاية التوجيه لوجه اشتراط دعوى العلم فى توجيه دعوى اشتغال ذمة الميت على الوارث، و مرجعه الى كون دعوى علمهم متمم هذه الدعوى عليهم، و لازمه حينئذ كون يمين نفى العلم منهم فاصلا لهذه الخصومة، الذى لازمه قطع علقة المدعى عما فى ذمة الميت من حيث إضافته إليهم الذى هو عين قطع علقته عن تركة الميت، و لازمه بقاء دعواه على الميت بلا ملزم، لأن نتيجة هذه الدعوى تنتهى إلى إثبات حق فى تركته، المعلوم سقوطه باليمين السابقة.

و حينئذ لا نعنى من فاصلية اليمين المزبورة لأصل دعوى الاشتغال الواقعى حتى بالإضافة إلى الميت الا هذا. و حينئذ لا يقال: إن الحكم ممحض فى الفاصلية للخصومة المتوجهة إلى شخص المدعى عليه لا غيره فيبقى توجيه دعوى الاشتغال على الميت باقيا بحاله و لازمه رجوع نتيجة هذه المقالة الى ما اختاره فى الرياض و ان افترقا من حيث الاعتبار. لأنه يقال إن ما أفيد انما يتم لو كان للدعوى الأخرى مجال، و اما لو كان ملزميتها بعين ملزمية الدعوى الأخرى فلا يبقى مجال للدعوى الأخرى مع سقوط غيرها بفصلها المخصوص بها، نعم ما أفيد انما يتم لو كان وجه ملزمية احدى الدعويين غير الوجه الأخر نظير الدعوى على ذى اليد المقر لزيد أو على الحاكم أو الشاهد لتغريمهم و ما نحن فيه غير أمثال هذه الفروع بتا كما بيناه.

↥

ص: ۱۱۷

و حيث اتضح ذلك يبقى الكلام فى الدليل على فاصلية اليمين المزبورة بعد اقتضاء القاعدة كون اليمين على طبق المدعى به، من جهة الجزم بانصراف إطلاقات اليمين الى هذه الصورة، إذ لازمه كون فاصلية اليمين المزبورة على خلاف القاعدة لعدم كونها على طبق المدعى به كى ينفيه حق يصير مثلها مشمولا للإطلاقات.

و لا يرد عليه بان اليمين بعد ما كان على طبق الدعوى الضمنية فيقتضى مثلها سقوط هذه الدعوى بمقتضى الإطلاقات و لازمه سقوط دعوى اشتغال ذمة المورث على الوارث من جهة فقد شرطها من الملزمية. لأنه يقال: بعد الالتزام بكفاية هذا المقدار من المطابقة للدعوى الضمنية فى فاصليتها لها على القاعدة نقول إن غاية ما يلزم منه عدم توجه الدعوى الأخرى إليه لعدم كونها ملزمة، و لكن ذلك لا ينافى بقاءها على الملزمية عند توجيهها الى الميت، لفرض عدم إسقاط اليمين السابق حق استحقاقه عن تركة الميت.

و مرجع مثل هذه المقالة إلى مقالة الرياض أيضا و ان كانا مختلفين اعتبارا و هو خلاف المقصود، بل المقصود كونها فاصلا لأصل خصومة الاشتغال على وجه تكون اليمين المزبورة ذاهبة بحق المدعى عن تركة الميت، لا انه بعد باق على استحقاقه غاية الأمر لا ملزم له فى دعواه على الوارث.

و بعبارة أخرى: الغرض من فاصلية اليمين و قاطعيتها فى هذه الدعوى قاطعيتها لجميع مراتب دعواه على الوارث لا بعض مراتبها، و مثله على خلاف الإطلاقات جزما، و عليه فلا محيص إلا من الرجوع الى ما فى رواية بعض مشايخنا من قوله: «رجل مات و له ورثة فجاء رجل و ادعى عليه مالا و ان عنده رهنا. فكتب (ع): ان كان له على الميت مال و لا بينة له عليه، فليأخذ ماله بما فى يده و ليرد الباقى على ورثته. و متى أقر بما عنده أخذ به و طولب بالبينة على دعواه، و أوفى حقه بعد اليمين. و متى لم يقم البينة

↨

ص: ۱۱۸

و الورثة ينكرون، فله عليهم يمين علم، يحلفون باللّه ما يعلمون أن له على ميتهم حقا §الوسائل ج ۱۳ ص ۱۴۰ باب ۲۰ الرهن §.

و لا يخفى أن هذه الرواية صريحة فى كون الورثة ينكرون دعوى اشتغال ذمة مورثهم، و لازمه ان نكول يمين نفى العلم فاصلة لهذه الخصومة، لا خصومة أخرى من دعوى العلم على الوارث، مع بقاء دعوى اشتغال ذمة الميت بحالها بلا علم، نعم مقتضى إطلاق الرواية سماع دعوى اشتغال ذمة الميت على الوارث بلا تضمينها لدعوى العلم عليهم، و لعل مثل هذا الإطلاق دعا مثل العلامة الكنى- أعلى اللّه مقامه- على عدم اشتراطه تضمن دعوى العلم فى توجيه دعوى اشتغال ذمة الميت على الوارث خلافا للمحقق و جماعة أخرى.

و لكن التحقيق أن يقال: إن التضمين لدعوى العلم ان كان دخيلا فى ملزمية دعوى الاشتغال على الوارث و سماعها منه، فلا شبهة فى ان إطلاق الرواية لا يرفع مثل هذه الجهة، إذ الرواية إنما وردت فى مورد الفراغ عن صحة الدعوى و ملزميتها من دون نظر منها الى نفى اعتبار الملزمية فى صحة الدعوى.

و عليه فيمكن أن يكون مرجع نزاعهم إلى جهة أخرى من كفاية ملزمية الدعوى و سماعها بمجرد ترتب الأثر عليها عند قيام البينة على طبق دعواه أو إقرار المقر على طبقها أو ان المدار فى سماع مثل هذه الدعاوى كون المدعى به على فرض تحققه واقعا ملزما للمنكر بشىء وضعا أو تكليفا فعلا.

و على الأول فلا يحتاج الى تضمن دعوى العلم على الوارث أصلا بل يؤخذ بإطلاق الرواية.

و هذا بخلاف الفرض الثانى فإنه لا مجال حينئذ للأخذ بإطلاق الرواية، لما

↕

ص: ١١٩

عرفت من عدم سوق الإطلاق لبيان صحة الدعوى، و انما هى متعرضة لحكمها فى فرض الفراغ عن صحة الدعوى و تحقق المخاصمة الصحيحة.

و حيث كان الأمر كذلك فأمكن أن يقال: إن مرجع توجه الدعوى الى شخص كونه طرف الخصومة من حيث ملزميته بشىء وضعا أم تكليفا، و من المعلوم ان فى مثل المقام ما لم يكن الوارث عالما لا يكون هو ملزما بشىء، و مجرد التكليف الواقعى لا يوجب فى حقه إلزاما فعليا على وجه يكون للغير مطالبة اقدامه بوظيفته، فكيف يكون مثل هذا الشخص طرف الخصومة، و لا ينافى ذلك سماع البينة فى استنقاذ حق المدعى من التركة، إذ مثل هذه الجهة لا تقتضى كون الوارث فعلا طرف الدعوى و الخصومة اللتين هما من شؤون مطالبة الخصم بالتفريغ عما اشتغلت ذمته به وضعا أو تكليفا، بل لا بد أن يكون طرف الدعوى فى اشتغال الذمة محضا، الميت محضا، و فى هذه الدعوى لا يتوجه اليمين إلى الورثة، و انما توجيهها إليهم فى- الدعوى المتوجهة إليهم، و فى هذه الدعوى لا مجال للتوجه إليهم إلا بتضمينها دعوى العلم كى تصير ملزمة تكليفا، لو لا دعوى تعلق حق الديان بالتركة، فان المدعى به حينئذ جهة وضع على ما فى يد الورثة.

كما انه على فرض بقاء ما يقابل الدين فى مال الميت و تعلق حقهم به كان مرجع الدعوى أيضا الى عدم كون ما فى يد الورثة من التركة ملكا لهم، و هو أيضا نحو وضع فى المدعى به بلا احتياج فيها الى دعوى العلم.

نعم لو قيل بأن التركة تنتقل إلى الورثة بلا تعلق حق منهم فيها و ان الورثة مكلفون بأدائها كان لدعوى العلم وجه، و لكنه خلاف التحقيق بل لا أظن التزامه من أحد إذ الأصحاب بين القولين الأولين.

و حينئذ فالتحقيق ما ذهب اليه المحقق الكنى، لا ما افاده المحقق و جماعة،

↕

ص: ١٢٠

و لا ما افاده الرياض و المستند من عدم توجه الدعوى الى الوارث إلا دعوى العلم و ان اليمين على نفى العلم تكون فاصلا لهذه الخصومة دون خصومة اشتغال الميت.

و حيث اتضح ذلك فنقول: ان الرواية لما كانت على خلاف القاعدة فلا بد ان يقتصر على مقدار دلالتها، و من المعلوم ان المنصرف فى مورد الرواية هو صورة جوابهم بلا ادرى، و إلا فلو أجابوا بنفى اشتغال ذمة الميت عن دراية و علم، ففى الاكتفاء بيمين نفى علمهم باشتغال ذمة الميت إشكال، بل مقتضى إطلاقات لابدية كون اليمين على طبق تمام المدعى به هو يمين البت على نفى الاشتغال واقعا، و شمول إطلاق الكلمات حتى لمثل هذه الصورة أيضا منظور فيه.

و أيضا ظاهر الرواية كون الدعوى دينا فى ذمته، بل هو صريح ذيلها فلا تشمل دعوى العين، بل يمكن فى دعوى العين أن يقال بأنها ملزمة على الوارث بكون عهدة العين عليه، فهى من جهة إثبات نحو من الوضع على الوارث كدعوى اشتغال ذمة نفسه، و فى مثلها لا- نحتاج فى صحة الدعوى عليه الى تضمنها للعلم أيضا إذ المدعى به ملزم للخصم على جهة وضع عليه لا صرف تكليف محض كى يكون نظير الاولى، و فى مثل هذه يكون مقتضى الإطلاقات فتوى و نصا لزوم اليمين على البت، و بعد ذلك لا مجال لتوهم تنقيح المناط بين دعوى الدين و دعوى العين كما هو ظاهر.

و حينئذ فالميزان فى مثل هذه الدعوى ليس إلا اليمين على ملكية العين واقعا لهم، و لو من جهة قيام اليد مقام العلم فى جواز

الحلف، إما من جهة كونه على القاعدة، أولا أقل من استفادته من رواية حفص بن غياث المشتملة على قوله (ع): «ثمّ تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه» §الوسائل ج ١٨ ص ٢١٥ رقم ٢ باب ٢٥ كيفية الحكم.
.§
و أيضا ظاهر الرواية كون المدعى به من الاشتغال متوجها الى الغير، و ان
↕
ص: ١٢١
المدعى عليه مورد تكليف محض على وجه لا يكون مثله طرف الخصومة إلا فى ظرف علمه به، و لا تشمل الرواية صورة كون المدعى عليه مورد ثبوت وضع راجع فى النهاية إليه من ثبوت حق أو ضمان أو غيرهما، و لذا قلنا بعدم شمول الرواية دعوى العين الراجعة عهدتها عليهم.
و حينئذ فلا يتعدى عن مورد الرواية إلى جملة من الفروع المعنونة فى الجواهر التى هى مورد تشكيك الأصحاب من كونها من باب الدعوى على فعل الغير، كى يكتفى بيمين نفى العلم أو الى أمر راجع إليه كى يحتاج الى اليمين البتى، و ذلك أيضا على فرض التعدى عن مورد الرواية فى خصوص الوارث و المورث الى مطلق الغير، و إلا فالأمر أشكل.
و لعمرى أن مثل هذه التشكيكات منهم يكشف كشفا تاما عن أن فاصلية يمين نفى العلم على خلاف القاعدة، و ان تمام نظرهم فيها إلى التعدى عن مورد النص الى غيره، و لكن صاحب الجواهر حيث يرى فاصليتها من المجيب بلا أدرى على القاعدة التزم فى جميع الفروع المزبورة بالاكتفاء بها، بل هو لم يكن مقيدا بكون الدعوى متوجهة إلى الغير ابدا، و لذا طوى الكلام عن هذه التشكيكات و التزم بما أفاد من الاكتفاء بها مطلقا، و لكن التحقيق خلافه على ما عرفت شرحه فى المقام، و فى ذيل الجواب بلا أدرى فى دعوى اشتغال ذمة نفسه، بما لا مزيد عليه فراجع.
ثمّ لا يخفى أن سقوط دعوى المدعى و عدم سماع بينته بعد الحكم بنفى الاشتغال بواسطة ميزانية هذه اليمين، غير مبنى على شمول إطلاقات ذاهبية اليمين بحقه لمثل هذه اليمين، كى يبقى مجال انصراف إطلاقاتها عن مثله جزما، بل يكفى فى نفى سماع الدعوى بعدها أدلة فصل الخصومة بالحكم من مثل إطلاقات حرمة الرد
↕
ص: ١٢٢
و ان سماع الدعوى بعدم و تجديد إقامة البينة على الملكية نحو رد لحكمه، و حينئذ فلا مجال للتشبث فى بقاء المدعى على دعواه باشتغال ذمة الميت و سلطنته عليه بعد اليمين المزبورة، و لازمه عدم فاصلية اليمين إلا حق دعوى العلم عليهم، كما هو مفاد كلام الرياض و المستند فى وجه.
نعم ما كان مبتنيا على شمول إطلاقات ذاهبية اليمين بحقه لمثل هذه اليمين هو صورة عدم صدور الحكم عن حاكم بعد، بناء على التحقيق من شمول الإطلاقات لمثل هذه الصورة خلافا للجواهر و هو غير مرتبط بالمدعى كما لا يخفى.
و من العجب حينئذ ما عن الجواهر حيث انه مع حمله اخبار ذاهبية اليمين بالحق على ما بعد الحكم التزم فى المقام بسماع البينة من المدعى بعد اليمين، نظرا الى منع شمول أخبار المسقطية لمثل المقام، إذ لنا ان نقول انه على فرض تسليم عدم شمول مثل هذه الإطلاقات للمقام لا بأس بالأخذ بإطلاقات حرمة رد الحكم المنشأ لانتزاع فاصليته فى نفى سماع البينة من دون احتياج إلى سائر الإطلاقات، نعم لو بدل سماع البينة بجواز التقاص مع علم المدعى بحقيته لكان أمتن، إذ مثل هذا الأثر لا ينفى بأدلة حرمة الرد الذى هو حكم طريقى مختص بالجاهل و انما نفيه موقوف على شمول إطلاقات ذاهبية اليمين بحقه لمثله من جهة ظهورها

فى موضوعية اليمين من هذه الجهة الشاملة للقاطع بحقيته أيضا كما لا يخفى.
ثمّ ان ظاهر بعض الكلمات التزام الأصحاب بجواز رد الورثة المنكرين لدعوى اشتغال ذمة مورثهم اليمين الى المدعى، و حينئذ فقد يجىء الكلام فى أن اليمين المتوجهة الى المدعى برد المنكر هو اليمين على البت على الاشتغال واقعا أم مجرد اليمين على علم الوارث كى بمقتضى السياق يستفاد أيضا ميزانية مثل هذه اليمين للحكم على أصل الاشتغال كميزانية يمين الورثة على نفى العلم للحكم على عدم الاشتغال واقعا، فيه وجهان مبنيان على شمول إطلاقات الرد لمثل ما كان

↕

ص: ١٢٣

على المنكر و ان كان الذى يتأتى من المدعى أزيد من ذلك، أو انها ناظرة إلى مجرد رد اليمين الذى هو ميزان الفصل، لا شخص ما هو متوجه الى المنكر لعدم علمه، و لازمه عدم شمول الإطلاقات ليمين المدعى على العلم فلا يكون الميزان منه إلا اليمين على البت، لا يبعد ترجيح الأخير و منع الإطلاق و بعد نظره الى الخصوصية فتدبر.
نعم بناء على فرض النظر إلى الخصوصية أيضا أمكن دعوى كون مثل يمينه على العلم أيضا فاصلة لخصومة دعوى الاشتغال على الميت، إذ محط أصل الدعوى هو ذلك و ان تضمنها لدعوى العلم انما هو شرط ملزمية الدعوى المزبورة على الخصم لا ان محط أصل الدعوى هو ذلك كما توهمه الرياض.
و حينئذ فقضية أخبار الرد هى كون اليمين المردودة بأى نحو كان فاصلة لهذه الخصومة، و عليه فالتشكيك فى الاكتفاء بمثل هذه اليمين فى فصل الخصومة لدعوى الاشتغال انما هو ناش عن التشكيك فى اقتضاء اخبار الرد ذلك، و إلا فبعد الشمول لا مجال للتشكيك فى ميزانيتها لفصل هذه الخصومة كما لا يخفى.
«فرع» تعرض له فى الجواهر فى ذيل المسألة، لا بأس بالتعرض له تبعا، و هو:
انه إذا ادعى على المملوك بجهة راجعة إلى مولاه كاسترقاقه بجناية أو بمال فى يده من قبل مولاه، فلا إشكال فى أن الخصومة متوجهة إلى المولى، إذ هو الملزم فى هذه الخسارة، بل و احكام المدعى عليه متوجهة إليه من نفوذ إقراره و إنكاره و ترتيب أحكام المنكر من اليمين وردها عليه، كيف و إقرار العبد غير مسموع فى هذه الخصومة لعدم نفوذ إقراره على مولاه و لا تكون يمينه أيضا فاصلة للخصومة لانصراف أدلتها إلى مورد توجه الدعوى الملزمة اليه.
نعم لو كانت الدعوى متوجهة إلى جهة راجعة الى العبد كإتلافه الموجب لضمانه التابع له بعد العتق كان هو الغريم و طرفا لهذه الخصومة لعين ما ذكرناه من

↕

ص: ١٢٤

الوجوه فى الفرض السابق الجارى عكسها فى المقام، و ان كان جهة المدعى به راجعة إليهما كدعوى القصاص فالغريم كلاهما بمعنى انه لا يثمر إقرار أحدهما، و اما فى الاكتفاء بيمين أحدهما لنفى الحق أو الاحتياج الى يمينهما أو لا يجزى يمينهما معا لعدم صدق صدورها عن المنكر الذى يسمع إقراره بعد دعوى انصراف دليل المنكر الى من يسمع إقراره، وجوه.
الأقوى الأول، لإطلاق مسقطية يمين المدعى عليه لحقه و ذلك أيضا لو لا انصرافه الى ذاهبيتها بالحق المتوجه الى الحالف، و إلا فلا بد من يمينهما معا، و على أى حال لا وجه للاحتمال الأخير، كما انه لا مجال للاكتفاء بواحد منهما، إذ رد كل منهما بمنزلة إسقاط حقه، و مثل هذه اليمين لا تثبت الحق إلا على غير الراد، نعم لو رد كلاهما لا بأس بالاكتفاء به لشمول الإطلاق لمثله.

و للتأمل فی المسألة بعد مجال، و لم أر فی کلماتهم تحریر هذه الجهات و الله العالم.

(و لو ادعی المنکر الإبراء أو الإقباض انقلب مدعیا) لأن دعواه متضمنة للإقرار بالاشتغال السابق فیدعی بعده شیئا یکون فی دعواه مدعیا لما یقتضی الأصل خلافه، و لا یکون مثل هذه الدعوی منافیة لمفاد الفصل السابق إذا کان مفاد الفصل مجرد الاشتغال سابقا علی طبق البینة القائمة علیه، نعم لو قامت البینة علی الاشتغال الفعلی و لو کان ذلک من جهة الاستصحاب و قلنا بجواز الشهادة علی طبق استصحابه للملکیة الواقعیة، أشکل سماعه بعد الحکم لکونه منافیا لفصل الخصومة، نعم لا بأس به قبله.

و لا یخفی أن ذلک أیضا علی فرض عدم إنکاره فی السابقة علی وجه ینافی مثل هذه الدعوی و إلا فلا مجال لسماع دعواه الرد عند هذا الحاکم، بل للحاکم حینئذ الحکم بالاشتغال الفعلی من جهة البینة السابقة المتضمنة لمثل هذا الإقرار بعدم الوفاء علی فرض الاشتغال کما لا یخفی.

↕

ص: ۱۲۵

لا یمین فی الحدود

(و لا یمین فی حد) بلا اشکال فیه فی الجملة، لجملة من الاخبار الواردة §الوسائل ج ۱۸ ص ۲۱۹ باب ۳۰ کیفیة الحکم. و ص ۳۳۵ باب ۲۴ مقدمات الحدود.

§ بهذا المضمون، من مثل ما فی مرسلة ابن ابی عمیر عن ابی عبد اللّٰه (ع) «اتی رجل أمیر المؤمنین (ع) برجل فقال: هذا قد قذفنی و لم تکن له بینة، فقال: یا أمیر المؤمنین استحلفه، فقال (ع) لا یمین فی حد»، و فی خبر آخر: «لا یستحلف صاحب الحد» و فی ثالث: «ان رجلا استعدی علیا فقال: انه افتری علی، فقال (ع) للرجل: أ فعلت ما فعلت؟ فقال: لا، فقال (ع) للمستعدی: أ لک بینة؟ فقال: ما لی بینة، فأحلفه لی.

فقال (ع): ما علیه یمین».

أقول: لا یخفی ان ظاهر الأخیرة نفی الیمین علی القاذف الذی افتری، و علیه فیمکن ان یکون المراد من صاحب الحد فی الروایة السابقة: من علیه الحد، بناء علی قراءة یستحلف بالمجهول، و ان قرئ بالمعلوم فلا بد أن یکون المراد: من له الحد، و هو المقذوف لا القاذف، و من الممکن أیضا أن یکون المراد من الیمین الیمین

↕

ص: ۱۲۶

المردودة إلی المقذوف.

کما ان الظاهر من الروایة الأولی أیضا استحلاف المقذوف للقاذف و ان الیمین المنفی یمین المثبت للقذف، بناء علی ظهور قوله: و لم یکن له بینة، فی کونه من کلام الراوی لا المقول لقول الرجل فتأمل.

و علی أی حال لا اشکال ظاهرا فی إطلاق نفی الیمین فی الحد لکل یمین مثبتة للحد أو مسقطة، و اختصاص مورد الاخبار بالمسقطة لا یوجب تقییدها، خصوصا لو کان المراد من صاحب الحد من له الحد علی قراءة المعلوم، فان یمینه تکون مثبتة.

و أیضا الظاهر من الروایات نفی الیمین فی دعوی أصل القذف مع الشک فی أصل صدوره فی حق من هو محصن جزما، أو باعتراف القاذف، و اما صورة الجزم بصدور القذف مع دعوی القاذف عدم کون المقذوف محصنا فهو أجنبی عن مورد الاخبار، إلا علی احتمال کون قوله: «و لم تکن له بینة» مقولا لقول القائل الذی یرویه الراوی. و لکنه خلاف ظاهر سوق الروایة.

و على اى حال فمقتضى القاعدة فى هذه الصورة إقامة الحد عليه عند عدم إقامة البينة على الزنا، لو قلنا بجريان الأصل فى طرف المقذوف و إثبات كونه محصنا، كما هو الظاهر من إن طلاق كلماتهم فى حد القذف، من ان القاذف يحد ما لم يقم بينة على فجور المقذوف، و لعله من جهة إحراز موضوع رمى المحصن بالأصل و الوجدان.
نعم لو قلنا بان القذف عبارة عن عنوان الافتراء كما هو الظاهر من الرواية الأخيرة فبالأصل لا يثبت عنوان القذف المأخوذ فيه حيثية الافتراء، و عليه ففى إجراء الحد عليه بمجرد صدور القول منه اشكال، لو لا دعوى حجية ظهور حاله أو حسن ظاهره حتى فى هذه الجهة و إثبات ذلك أيضا فى غاية الصعوبة، إذ غاية الأمر طريقية

↕

ص: ١٢٧

حسن الظاهر إلى العدالة لا مثل هذه الجهة كما لا يخفى فتأمل.
و عليه فإطلاق كلمات الأصحاب خصوصا المحقق فى شرائعه فى باب حد القذف من انه يحد القاذف مع عدم البينة على الزنا منظور فيه، لو لا بلوغه الى حد الإجماع.
ثمَّ انه لا قصور فى شمول الاخبار للحدود التى كانت حقا للّه تعالى محضا، بل صاحب الحق فى مثله هو اللّه تعالى الذى كان فى مقام كتم السر، و امره بدرء الحدود بالشبهة، فليس لأحد المخاصمة فيه لعدم حق لأحد غيره تعالى فيها كى يكون له سلطان على الدعوى. كما انه بناء عليه لا مجال لتوجيه اليمين على المنكر، إذ لا اعتبار له فى غير مورد الخصومة من صاحب الحق.
و هذا بخلاف البينة فإن إطلاق دليل حجيتها متبع فى كل مقام و بعده تترتب آثار مؤداها، من حد أو غيره.
(و لا) يمين أيضا (مع عدم العلم) بلا اشكال، و عمدة الوجه فيه الأخبار §الوسائل ج ١٦ ص ١٨٠ باب ٢٢ الايمان.
§ المستفيضة المشتملة تارة على قوله: «لا يحلف الرجل إلا على علمه»، و اخرى:
«لا يستحلف الرجل إلا على علمه»، و حينئذ فمع الشك فى المحلوف به لا يجوز الحلف و انما الكلام فى جوازه فى صورة قيام امارة عليه، من يد أو غيرها، و على فرض الجواز هنا هل الاستصحاب يقوم مقامه فى هذا الحكم أم لا، قد تقدم شرح ذلك مستقصى فراجع.
(و) أيضا (لا) يحلف (ليثبت مالا لغيره) و ان تعلق به حقه المتقوم بثبوت مال للغير، و الوجه فيه انصراف اخبار اليمين عن مثله، فإنها متكفلة لإثبات طريقية اليمين على إثبات حق له، أو نفى حق عنه، و من جهة ذلك نقول بأنه ليس للغريم المتعلق حقه بتركة الميت أن يحلف على إثبات مال للميت، كى به يصير متعلقا لحقه.

↕

ص: ١٢٨

نعم لو لم يكن تعلق حقه بالمال منوطا بثبوت مال لغيره كحق الرهانة غير المتقوم بالمال المتعلق بالمديون، فلا مانع من الحلف لإثباته عند توجه اليمين الى المرتهن، لعدم قصور فى أدلة اليمين فى إثبات كل حق، نعم فى هذا الفرض لو كان دعوى المرتهن بدوا متوجهة إلى إثبات العين المرهونة للمدين الراهن مثلا، لا مجال لليمين فى هذه الدعوى الراجعة إلى إثبات مال الغير، و اما لو كانت الدعوى متوجهة إلى تعلق حق الرهانة بهذا المال بلا تعرض للمالك، فلا بأس بيمينه، و هذا بخلاف مثل حق الغريم المتعلق بتركة الميت و أمثاله المتقوم بمال شخص خاص فان اليمين لا تثبت مثل هذا الحق سواء كانت الدعوى بدوا متوجهة إلى إثبات ملكية العين للميت، أو متوجهة إلى تعلق حقه بهذا المال بلا تسمية صاحب المال، إذ من المعلوم ان موضوع الحق بعد ما كان تركة الميت فما لم تثبت التركة لا يبقى موضوع لحقه كى تثبته اليمين، إذ ليس شأن اليمين إلا إثبات المحلوف به

فی ظرف الفراغ عن إحراز موضوعه کما لا یخفی و حینئذ فما فی الجواهر من احتمال التفرقهٔ بین هذین الفرضین منظور فیه.

تنبیهات

بقی فی المقام أمور، منها: انه لو رضـی المدعی بحلف المنکر فهل له ان یرجع عن رضاه و یقیم البینهٔ، أم لا، وجهان مبنیان علی ان اقامهٔ البینهٔ التی هی من وظائفه من الحقوق القابلهٔ للإسـقاط و ان برضاه بالیمین قد أسـقط حقه أم لا، فعلی الأخیر له الرجوع دون الأول، و الأقرب هو الأخیر للأصل المقتضی لعدم الحقیهٔ، مع ان اقتضاء مجرد رضاه إسقاط حقه أشکل.

و منها: ان ظاهر کلماتهم سماع الدعوی فی کثیر من المقامات بیمینه، و الظاهر

↕

ص: ۱۲۹

ان ذلک لیس من جههٔ سـماع الیمین من المدعی کی یسـتلزم تخصـیص أدلهٔ الوظائف بل عمدهٔ الوجه أن قول المدعی فی هذه المقامات بعد ما کان فی نفسه حجهٔ فصارت دعواه مقرونهٔ بالحجهٔ، نظیر دعوی ذی الید، و بواسـطته یصدق فی حقه انه لو ترک غیره ترک و حجته، فیتوجه علیه حینئـذ وظیفـهٔ المنکر و لاـ ینـافی ذلـک إطلاقهم الـدعوی علیه، إذ هو کإطلاق دعوی ذی الید مبنی علی التسامح فی التعبیر.

نعم یبقی الکلام فی وجه سماع قولهم بعد الجزم بعدم کونها بمجموعها تحت کبری واحدهٔ بل هنا کبریات متعددهٔ، منها: کبری المدعی بلا معارض. و منها: کبری سماع قول ذی الید. و منها: کبری سماع قول الأمین فی ما ثبت فیه أمانته، و منها:

کبری من ملک فی ما هو راجع الی تحت سـلطنته. و منها: دعوی ما لا یعلم الا من قبله، و علیه ینبغی حینئـذ التکلم فی وجه هذه الکبریات.

فنقول: اما کبری سـماع الـدعوی بلا معارض علی وجه یترتب الأثر علی قوله و لو لم تکن یـده علیه، فالظاهر ان المقدار المسـلم منها انما هو فی المالیات و ما یتعلق بها، و اما مثل الطهارهٔ و النجاسهٔ و الهلال و غیر ذلک فهی خارجهٔ عن مورد القاعدهٔ بل ربما لا یصدق المدعی فی کثیر من هذه الموارد.

و یمکن ان یقال: إن الـدعوی لما کانت عبارهٔ عن الاخبار بما یلزم به غیره فیصـدق فی کل مورد کان متضـمنا لهذه الجهه و فی مالا یتضمن هذه الجههٔ لا یصدق لأنه خبر واحد لا یتبع فی الموضوعات و لعل عمدهٔ الوجه السیرهٔ القطعیهٔ علی طبقه فی الجملهٔ.

و ربما یتمسک بروایهٔ الکیس المعروفهٔ §الوسائل ج ۱۸ ص ۲۰۰ باب ۱۷ کیفیهٔ الحکم.

§ و سیأتی وجه دلالتها و الاشکال

↕

ص: ۱۳۰

فیها عند التعرض لها فی محله.

و یؤیـده ما دل علی قبول قول المـدعی مع العلامـهٔ فی اللقطـهٔ، و ما دل علی قبول مدعی الفقر فی کونه مسـتحق الزکاهٔ، و ما دل علی قبول دعوی ملکیهٔ صید علیه اثر من قبله، فراجع باب الصید و الذباحهٔ.

و قـد یتشـبث فیه أیضـا بأصالـهٔ صـحهٔ الأقوال و الافعال، و لکن لا یخفی ما فیه من عـدم قیام دلیل یفی بعمومه لمحل الکلام من قبول قول کل مدع بلا معارض و لو لم یکن مسلما، غایهٔ الأمر تسلم الدلیل بالنسبهٔ إلی اعمال المسلمین کالسیرهٔ المدعاهٔ فیها.

و اما مثل قوله: «ضع أمر أخیک علی أحسـنه» فهو بموضوعه و ان کان شاملا للأقوال و لکن فی دلالته علی لزوم تصـدیقه تعبـدا

نظر واضح، كيف و يلزم قبول قول كل أحد فى كل أمر و لو فى مثل الطهارة و الهلال و أمثالهما و هو كما ترى.

و بالجملة لا وجه له إلا السيرة على الحجية. و لعلها مدرك نفى الخلاف المحكى عن الرياض و الجواهر و إشعار كلام المجمع عليه.

و حينئذ فيمكن أن يقال: ان القدر المتيقن من السيرة هو السماع فى الماليات و كل ما يكون ربطا بين الاثنين من الزوجية و غيرها و لو لو يكن فى يد المدعى له ما لم يكن مورد ابتلاء لغيره فعلا. و إن جاز ان يصير محل ابتلائه كشرائه منه بدعوى المالكية أو الوكالة و صورة عدم كون المال فى يد شخص يكون مخاطبا بإيصاله إلى مالكه.

و لذا ترى فى موارد اللقطة عدم اكتفائهم فى وجوب الأداء بصرف دعوى شخص لملكية المال له. بل يطالبون منه البينة أو العلامة، نعم ربما يستفاد من بعض اخبارها تخيير ذى اليد فى الإعطاء و عدمه.

و لكن ذلك غير مرتبط بمرحلة تصديق الدعوى بلا معارض، إذ لازمه وجوب

↕

ص: ۱۳۱

أدائه له فلا بد أن يكون حكما تعبديا مختصا بمورده. و لعله من هذه الجهة أفاد فى الجواهر بعدم سماع الدعوى فى مثل هذه الصورة ثمَّ بعد اللتيا و التى لا يثمر مثل هذه الكبرى فى مقامنا شيئا. إذ مثله لا يكون ميزان القضاء الفصلى و لا ميزان تمييز المدعى عن المنكر لأن حجيته مغياة بعدم خصومة احد معه، فمع تحقق الخصومة لا يبقى موضوع لهذه الكبرى كما لا يخفى.

و اما كبرى دعوى ذى اليد فبالنسبة إلى جهة تناسب الاختصاص بما فى يده من ملكية أو إجارة أو أمانة، فلا شبهة فى سماعه حتى فى مقام تشخيص المدعى من المنكر لا فى مقام الفصل على وجه يكون مثله من احد الموازين، و عمدة الوجه فيه ليس أيضا من جهة صرف حجية قوله بل من جهة أمارية اليد لا على مراتب الاختصاص به و نفيه عن غيره ما لم يلغ اعتبارها بإقراره فبمقدار ينافيها إقراره ترفع اليد عن ظهورها فى الاختصاص به فينفيه عن غيره و يؤخذ ببقية المراتب.

و يدل عليه فى الجملة أيضا خبر الكيس المعروف بالتقريب الذى سيتضح حاله فى محله ان شاء اللّه تعالى و اما فى غير مثل هذه الاختصاصات كالطهارة و النجاسة و التذكية و أمثالها ففى السماع منه بدون إحراز كون معاملته معه معاملة المذكى و الطاهر و النجس اشكال، و لقد أجاد فى الجواهر فى تصريحه بهذه الجهة فى الاخبار بالتذكية و ربما يدل عليه النص فى ذاك الباب، نعم لو تمت السيرة على الإطلاق أمكن تخصيص باب التذكية بخصوص النص المزبور، و اما فى غيره حتى مثل الطهارة و النجاسة فيؤخذ به مطلقا و عليه فللتأمل فى قيام مثل هذه السيرة على الإطلاق مجال.

و اما كبرى قبول قول الأمين فى الجهة الراجعة إلى أمانته، فتدل عليه جملة من النصوص من قوله (ع): «لا يضمن القصار إلا ما جنت يداه و ان اتهمته أحلفته» و فى أخرى: «فإن اتهمته فاستحلفه و ان لم تتهمه فليس عليه شيء» و فى كثير

↕

ص: ۱۳۲

من الاخبار: «لا يضمن الأمين مع عدم الاتهام» مضافا الى ما فى جملة من الكلمات أيضا من دعوى الإجماع عليه. بل و ظاهر تعليلهم بمثل هذه الكبرى فى بعض المقامات يقتضى مفروغية مثلها و ان قول الأمين يسمع فيها فوض اليه و كان أمينا فيه.

و لا يخفى أن الغرض من التفصيل بين صورة الاتهام و عدمه فى الاحتياج الى الحلف و عدمه ليس ما يتوهم من قبول قوله بلا ميزان فى غير مورد التهمة حتى فى مقام الفصل. بل المراد انه مع الجزم بعدم الخيانة لا يكون مجال للدعوى عليه لعدم ملزميتها فى حقه من جهة حكم الشارع بعدم ضمانه و انما الدعوى تسمع فى صورة الاتهام ففى هذه الصورة كان قوله متبعا و مشخصا

لمنكريته و سببا لتقديم قوله بيمينه.

و على أى حال نقول: إن القدر المستفاد من اخبار المزبورة قبول قوله فى صورة كون الدعوى متوجهة اليه، و أما فى صورة توجيهها الى غيره ففى سماعها اشكال و لعل هذه الجهة منشأ تفرقة المحقق، بين ما لو و كله فى قبض دينه من الغريم فأقر الوكيل بالقبض و صدقه الغريم و أنكره الموكل، و بين ما لو أمره ببيع السلعة و تسليمها و قبض ثمنها فتلف الثمن من غير تفريط فأقر الوكيل بالقبض و صدقه المشترى و أنكره الموكل حيث قال بان القول فى الفرع الأول قول الموكل، و فى الثانى قول الوكيل، و ان تردد فيه فى ذيل كلامه.

و لقد أجاد فى الجواهر فى وجه التفرقة بأن الدعوى فى الأول متوجهة الى غير الوكيل فلا يسمع قوله و فى الثانية إلى الوكيل فيسمع قول الوكيل و يمكن أن يكون وجه ترديد المحقق أيضا هو الترديد فى الاختلاف من حيث توجيه الدعوى لا فى السماع مع الجزم بتوجيهها فيهما الى الوكيل فتأمل.

و أما كبرى «من ملك شيئا ملك الإقرار به» فبعد الجزم بان مدركها ليس قاعدة إقرار العقلاء غير الجارية فى الصغير حتى بالنسبة الى ما كان تحت سلطنته و غير النافذ

↕

ص: ١٣٣

فى أزيد من ضرره على نفسه بلا إثبات شىء على الغير و لا له و لا لنفسه مع أن مدلول تلك الكبرى أعم منها من هذه الجهات. نقول: إنه من جهة الاختلاف فى كثير من صغرياتها يمكن دعوى الجزم بعدم كونها بهذا المعنى العام، معقد إجماع أو مضمون نص معتبر و لذا أمكن منع كون هذه القاعدة كسائر القواعد المنصوصة.

بل هى نظير قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و قاعدة كلما صح بيعه صح رهنه، و قاعدة كلما صحت إجارته صحت إعارته، من القواعد الاصطيادية من مدارك مختلفة واردة فى مقامات خاصة، كما ورد النص فى العبد المأذون فى التجارة المشتمل على لفظ الإقرار و نفوذه فى حق مولاه و عليه، و نفوذ إقرار الوكيل و الأمين فى الجهة الراجعة إلى أمانته.

و حينئذ ففى كل مورد من الصغريات الخاصة الاتفاقية يؤخذ بها و فى غيرها لا بد من ملاحظة قاعدة أخرى تقتضيه و إلا فبدونها لا مجال للمصير الى الحكم بمضمون مثل هذه القاعدة لعدم الوقوف على مدرك صحيح لها. و توهم دعوى قيام السيرة على سماع قول شخص فى ما يرجع زمام أمره إليه عين الدعوى بقيام السيرة على مضمون القاعدة بعمومها و دعوى مثله عهدتها على مدعيها، و إلا فللنظر فيه مجال و اللّه العالم.

و أما كبرى «ما لا يعلم إلا من قبله» فيمكن ان يستند فيها الى ما ورد فى بعض الاخبار «بان العدة و الحيض الى النساء فاذا ادعت صدقت» و حكى فى قضاء الكنى أيضا ان فى بعض هذه الاخبار التعليل بأنه يتعذر عليها الاشهاد و لعله محط نظر القوم فى تعليلهم سماع الدعوى فى أمثال المورد، بتعذر إقامة الشهادة بل و تعديهم من مورد النص الى غيره مما كان كذلك فى التعذر المزبور. و لا ينافى ذلك عدم سماع عدم

↕

ص: ١٣۴

قصد الإنشاء من المنشئ.

إذ مثل هذه الدعوى على خلاف ظاهر كلامه و معلوم أن مثل هذه الدعوى نظير أصالة الصحة لا تصلح للحجية فى قبال حجة أقوى على خلافه من مثل البينة و الظاهر و أمثال ذلك. و من هنا ظهر وجه تشكيكهم فى سماع قول من يدعى الإنبات بعلاج

عند سببه نظرا الى عدم معارضة قوله مع إطلاق ما دل على أن الإنبات امارة البلوغ المعلوم شمول مثله لما يحتمل العلاج فيه أيضا. كيف و إلا يلزم تنزيله على الموارد النادرة.

نعم من صغريات القاعدة تصديق المالك فى جهات زكاته من أدائه و عدم تفريطه، بل و يمكن دعوى شمول إطلاق دليل سماع دعوى المالك حتى فى نقصه بغير تفريط عما خرص، و لذا قلنا فى باب الزكاة بأن قاعدة الخرص ليس بأزيد من رفع كلفة التقدير بعد التصفية، و ان الخرص طريق تعبدى اليه و لم يعارض مع قوله فى نقصه بلا تفريط و لا يوجب تضمينه أيضا بهذا المقدار كما فى الجواهر، و عليك بالمراجعة إلى هذا الباب.

و منها: دعوى الفقير فى فقره كما تفصح عنه قصة الحسن و الحسين عليهما السلام المروية فى باب الزكاة فراجع. و منها: انه لو مات و ظهر فى دفتره دين على غيره.

فلا اشكال بمقتضى القواعد فى أن للورثة حق الدعوى على الغريم فإن أنكر فللحاكم إلزامه على جوابه و حلفه على ما تقدم من أن للحاكم مثل هذين الإلزامين بل و فى خبر عبد الرحمن التصريح بالأخير، و حينئذ فيمكن دعوى سلطنة الحاكم على عقوبته مع امتناعه من حبس أو غيره مما يرى المصلحة فى الوصول الى ما إلزامه عليه لأن ذلك كله من شؤون الحكام عرفا و لا أقل من كونها من شؤون حكام الجور الثابتة لقضاتنا بإطلاق المقبولة.

و حينئذ فما عن المحقق من أن السجن عقوبة لم تثبت عليه منظور فيه. و توهم

↨

حمل كلام المحقق على صورة عدم الوارث و لا الوصى فلا تسمع دعوى الأجنبى حينئذ كى يلزم بالجواب و الحلف، مدفوع بمنع انحصار المدعى فيهما، بل من الممكن كون المورد من صغريات الدعاوى الحسبية، خصوصا مثل دعوى الفقيه فى محل الفرض الراجع الى مال الامام عليه السلام، بل ربما ينتهى الأمر فى الدعاوى الحسبية إلى عدول المؤمنين، و ضابطه هو أن كل مورد يجب حفظ مال يكون فى معرض التلف على وجه علم من الشارع عدم رضاه بتركه و احتمل كونه بنظر شخص خاص فإنه حينئذ يكون الفقيه متعينا فى تحرير الخصومة و على فرض عدمه تنتهى النوبة إلى غيره من العدول و حينئذ فيمكن إثبات هذا المقدار من الولاية لهم على وجه تصير دعواهم ملزمة لجهة راجعة إليهم نظير سماع دعوى الوكيل و الولى فى ما هو ولى فى حفظه كما لا يخفى.

ثمَّ انه لو كان على هذا الميت دين و كان له وارث، فعن المحقق فى شرائعه أن للوارث المخاصمة على ما يدعيه لمورثه، سواء فى الدين المستوعب أو فى غيره بالنسبة إلى مقدار دينه. و علله بأنه قائم مقام مورثه فى الحلف دون الغريم، و ان كان متعلق حقه و لكن، لا يخفى انه بناء على المختار من بقاء التركة على حكم مال الميت لا وجه لتوجيه الحلف إليه لأنه حلف على إثبات مال الغير، و مجرد قيامه مقام الميت فى انتقال المال إليه فى غير المقام لا يقتضى قيامه مقامه مطلقا حتى فى الحلف، إذ ليس فى البين عموم تنزيل يستظهر ذلك منه، نعم لا بأس بصحة دعواه و سماعها لاكتفاء العقلاء بهذا المقدار من الإضافة، و لو بنحو ملك أن يملك، و لكن اخبار الحلف من ذى الحق منصرفة عنه جزما كما انه لا بأس بسماع دعوى الغريم على ما هو متعلق حقه كدعواه فى سائر حقوقه و لهما إحلاف غريم الميت و ليس لهما الحلف كما أشرنا، خلافا للمحقق المفصل بين الوارث و الديان و حينئذ فلو حلف الغريم لكل واحد منهما برضاهما فهو و إلا فلا يكفى الحلف لأحدهما فى إسقاط حق غيره.

↨

ثمَّ لو بنينا على حلف الوارث اليمين المردودة فحلف و أخذ المال ففى تعلق حق الديان به وجه، لعدم ذهاب يمين الغريم بمال الميت حقيقة كى لا- يبقى مجال تعلق حق الديان به بحلف الوارث باليمين المردودة بل المراد من ذهاب الحق ذهابه ببعض الآثار الراجعة إلى الحالف، و حينئذ فما استنقذه الوارث كان ما لا متعلقا لحق الديان فيجب على الوارث أداء حقهم، و لو من جهة إقراره بتعلق حقهم بتركة الميت لا من جهة حلفه غير الصالح لإثبات حقهم.

انتقال المال إلى الورثة فى الدين المستوعب

ثمَّ انه لما جرى القلم إلى كيفية انتقال المال فى فرض وجود دين مستوعب أو غيره فلا بأس لتعرض المسألة كى به تزداد بصيرة فى مسألتنا هذه فنقول مستعينا باللّٰه:

انهم اختلفوا فى المقام على قولين معروفين من الانتقال مطلقا، و عدم الانتقال بمقدار الدين و الوصية و انما ينتقل الزائد عنهما، نعم حكى عن العلامة قول ثالث، و هو عدم الانتقال فى غير المستوعب و الانتقال فى المستوعب، و فى الجواهر: انه لا يعلم وجهه بل لم يعرف ذلك من غيره بل أظن كونه سهوا من قلم الناسخ.

و بالجملة العمدة فى الباب القولان الأولان المعروفان و عمدة مبنى الخلاف بين الاعلام هو الخلاف فى المراد من البعدية فى الآية الشريفة و فيما ورد من الترتيب المستفاد من تقديم الكفن، ثمَّ الدين، ثمَّ الوصية، ثمَّ الإرث فى جملة من الاخبار بل فى بعضها نفى الإرث قبل الدين، بعد الجزم بتحكيم مثل هذه المقيدات على إطلاقات دليل الإرث أو السهام فى الجملة.

و ملخص ما قيل فيها هو انه بعد الجزم بعدم كون المراد من البعدية البعدية الزمانية فى أصل الانتقال للجزم بانتقال ما زاد عن الثلث الموصى به بل ما زاد عن الدين لدى

↕

ص: ١٣٧

المشهور إليهم حين الموت فيدور الأمر بين أن يكون المراد البعدية الزمانية بالنسبة إلى استقرار الملك كى بها ترفع اليد عن إطلاق ما دل على انتقال المال إليهم مستقرا أو المراد البعدية الرتبية بالنسبة إلى تسهيم السهام كما أفاده فى الجواهر من دون نظر فيها إلى كيفية الانتقال أو المراد البعدية الرتبية فى أصل الانتقال.

أقول: مقتضى التحقيق أن يقال: إن مثل الوصية و الإرث بعد ما كان بينهما المضادة من حيث التأثير فلا جرم تقدم الوصية و الدين فى التأثير يوجب منع الإرث عن تأثيره و حينئذ فيقع الإرث فى تأثيره فى رتبة لاحقة و لازمه حينئذ عدم تأثير الإرث إلا فى رتبة فارغة عن المزاحم اما لزيادته عن مقدارهما أو لوفائهما من الخارج.

و عليه فلو لا- شبهة أخرى كما سيأتى بيانها مع فسادها فى ذيل الكلام، كان مقتضى القاعدة المصير الى المعنى الأخير لظهور الآية و الرواية فى ترتيب أصل الانتقال، لا تسهيم السهام و لا استقراره بل و لو لا الإجماع السابق أيضا، أمكن حمل البعدية على هذا المعنى بلا- ظهور فى الزمانية فضلا عن وجود الظهور المعين للحمل على ما ذكر بعد عدم إرادة الزمانية منه جزما و لازم ذلك تقديم الدين كالوصية على الإرث فى التأثير فى الانتقال. و حيث ان اعتبار الدين على الميت فرع اعتبار مال قابل لوفاء ذمته منه بحيث لولاه لما اعتبر العقلاء له ذمة فلا بد من اعتبار مقدار من المال للميت على وجه قابل لأداء دينه منه.

و عليه فالقدر اللازم اعتبار ما يقابل الدين فى عين التركة و بذلك المقدار ترفع اليد عن ظهور العمومات فى انتقال تمام المال الى الوارث، بل و مقتضاه حينئذ كون المعتبر فى مال الميت هو الكلى الموجود فى التركة لعدم دليل رافع لظهور ما يقتضى انتقال خصوصيات المال إلى الورثة.

و من هـذه الجهة نقول ان اختيار الوفاء بيد الوارث نظير الصاع فى الصبرة و ان التلف منهم الى أن يبقى مقدار الدين. و توهم ان ذلك كله فرع اعتبار الذمة للميت الذى هو من الجمادات مع أن العقلاء لا يعتبرون له ذمة، مدفوع بان مجرد عدم اعتبار

↕

ص: ۱۳۸

العقلاء على فرض التسليم غير مضر بعد قيام الدليل على الاعتبار الكاشف عن خطأهم فى فهم ضابط الاعتبار، كما انه قد يكون الأمر بالعكس من جهة تخطئتهم فى اعتبارهم فى بعض المقامات.

و من جهة ذلك ربما نقول: انه لا بأس باعتبار ملكية المنافع أو الأعيان فى بعض المقامات للهيئة الاجتماعية المسماة بالدولة، بل ربما يساعد العرف عليه أيضا و لذا يلتزمون بصحة القرض لهم بهذا الاعتبار من دون اشتغال ذمة أحد بخصوصه له و بهذه الملاحظة يصح أمر العبور فى السفن و الجسور و التصرف فى اجرة البرق و البريد المعمولة عند الدول بلا مالكية أحد بخصوصه لها و لذا ترى سيرتهم على المعاملة معها معاملة الأملاك خصوصا فى الجسور و السفن المعلوم تحققها فى زمن الأئمة (عليهم- السلام) بلا نهى منهم عن التصرف فيها بلا اذن من شخص خاص، خصوصا مع كون السلطان فى بعض الأجيال صغيرا أو سفيها أو محجورا من سائر الجهات و ليس ذلك إلا من جهة عدم اعتبارهم أمثال هذه ملك شخص خاص.

و بالجملة نقول: ان الملكية بعد ما كانت من الأمور الاعتبارية كانت تابعة لاعتبار العقلاء أو الشرع عن منشأ صحيح عنده و لو لم يلتفت اليه العقلاء ابدا لكن بحيث لو التفتوا اليه كان لهم مثل هذا الاعتبار أيضا و عليه فيكفى لنا فى إثبات اعتبار الشرع مالا للميت ما يقتضيه ظاهر الدليل فى أمثال المقام.

و مما ذكرنا ربما يصح أمر الأوقاف المتعلقة بالعتبات المقدسة و المشاهد المشرفة و الرباطات. بل ربما يستقرض لها فيؤدى القرض من منافع تلك الأوقاف كما هو المتعارف فى مشهد الرضا عليه آلاف التحية و الثناء. و إرجاع جميعها الى تمليك المسلمين كلام ظاهرى إذ لا دليل على لابدية كون المالك من ذوى الشعور مع ان طبيعى المالك للزكاة ليس بذى شعور. كيف و لا يكون الأشخاص الموجودون مالكين لها قبل القبض جزما. بل مثل

↕

ص: ۱۳۹

هذا المعنى خلاف الوجدان فى إنشاء الوقف. أو إنشاء عقد القرض عند الاحتياج الى المصارف من دون التزام أيضا باشتغال ذمة المتولى فى هذا القرض. و عليه فلا مجال للتوهم المزبور أصلا.

و أضعف منه توهم اقتضاء عدم الانتقال عدم شركة ابن الابن مع عمه بعد أداء الدين من الخارج. و وجه الفساد هو انه بعد حمل عموم ما ترك على بيان الحكم الاقتضائى كان اعتبار الطبقات ناظرا الى هذه المرتبة من الانتقال و لازمه حينئذ تأثير المقتضى أثره عند رفع المانع و مقتضاه حينئذ انتقال المال الى الاثنين الميت و الحى ثَمَّ من الميت الى ابنه بمقدار سهمه.

و لئن شئت تقول ان ترتيب الطبقات انما كان ملحوظا بلحاظ حال الموت لا حال الانتقال الفعلى و لعله الى ما ذكرنا نظر من قال بان الميت ينتقل اليه ملك ان يملك و هذا المعنى ينتقل الى ابنه. و إلا فمثل هذا المعنى ليس مما ترك كى يشمل مثله دليل الإرث بل هو حكم محض غير قابل للانتقال. و كيف كان لا مجال لرفع اليد عما تقتضى الصناعة فى تطبيق القواعد و النصوص بمثل هذه الاجتهادات.

القضاء بشاهد و يمين

(و) على اى حال (تقبل الشهادة مع اليمين) بلا اشكال فيه فى الجملة و يشهد له مضافا الى دعوى الإجماعات ما دل على قضاء رسول اللّه (ص) و قضاء على (ع) كما حكاه الصادق (ع) مضافا الى اشتمال قصة درع طلحة عليه و محاجته عليه السلام مع شريح فى ذلك.

و لكن قد يقال بأنه كذلك (إذا بدأ بالشهادة من عدل، فى الأموال و الديون) و لعله من جهة منع الإطلاق فى الروايات على وجه يشمل عكسه، إذ غالبها حكاية حال

↕

ص: ١۴٠

خصوصا مع تقديم الشاهد على اليمين فى غالبها فى الذكر، لا من جهة ما يتوهم من تقوية جانبه بالشهادة فيصير منكرا فيتوجه الى اليمين كما أفاده فى كشف اللثام و لا من جهة ان المدعى وظيفته الأصلية هى إقامة الشاهد فلا بد ان يقدم، إذ هذه كلها مجرد استحسان لا يصلح مثلها لرفع اليد عما دل على كون الشاهد و اليمين بمجموعهما أيضا من احد الموازين مع ان تقوية القول بالشاهد الواحد فرع حجيته و إلا فلا مجال لتقويته و لا دليل على ذلك لعدم اقتضاء عموم دليل الرواية أو الشهادة لمثله.

اذن فالعمدة فى الوجه هو الذى أشرنا اليه. و لكن يمكن أن يقال: ان هذه الاخبار و إن كانت حكاية حال و فعل، و لكن لما كان الحاكى إماما مع فرض كونه فى مقام البيان عن جواب السؤال المكتفى صاحبه بجوابه عليه السلام، لا شبهة فى أنه يؤخذ بإطلاقه الحاكى عن ميزانية المجموع قبال سائر الموازين، بعد عدم اقتضاء مجرد الترتيب الذكرى للقرينية على اعتبار الترتيب فى الميزانية، خصوصا مع اختلاف اخبار الباب فى ذلك بنحو يعلم بأنه لا خصوصية لأحد النحوين فى الإقامة كما لا يخفى.

و اما سماعه فى مطلق دعوى المال و لو ما كان المقصود منه المال أو خصوص الدين أو مطلق حق الناس و لو لم يكن ماليا، بعد الجزم بعدم السماع لحقوق اللّه محضا.

و (لا فى الهلال) لتصريح بعض النصوص §الوسائل ج ١٨ ص ١٩٣ باب ١۴ كيفية الحكم.

§ عليه، علاوة على نفى الخلاف فيه، ففيه خلاف بين الأصحاب.

و منشأه اختلاف أخبار الباب، من اشتمال جملة منها على مطلق الحق، و جملة أخرى على مطلق المال مثل خبر الدعائم المنقول فى مستدرك الوسائل، و المرسلة بقوله: «فأشار على بذلك- أى بالشاهد و اليمين- فى الأموال، و قال:

↕

ص: ١۴١

لا تعدو ذلك» و فى ثالث: «اختصاصه بالدين، من قوله (ع): «فى الدين وحده» و فى آخر: «يمين صاحب الحق و ذلك فى الدين».

و مقتضى كون الناقل هو الإمام فى مقام البيان ظهور دخل الخصوصية، فلا يرد عليه احتمال اختصاص فعله (ع) به بلا نظر الى دخل الخصوصية. و عليه فمقتضى القاعدة هو الأخذ بما هو أخص مضمونا من الجميع، و هو رواية الدين محضا، بل هى حاكمة على البقية.

و لكن مع ذلك فان التحقيق ان الحصر المستفاد من اخبار الدين حقيقى بمقتضى إطلاقه القابل للتقييد بقصة درع طلحة §المصدر ص ١٩۴ رقم ۶

§ فيصير به الحصر إضافيا بالنسبة الى غير المال من بقية الحقوق. و به يستفاد مذهب المشهور. فما فى الجواهر فى المقام، فيه مواقع للنظر فتدبر.

و لكن لاـ شبهة فى انه لاـ بـد من طرح مثلهـا لضـعفها مع عـدم الجـابر لهـا لو لم نقل بوهنها لإعراض المشـهور عنها، مضافا الى معارضـته مع روايـة درع طلحـة، بعـد الجزم ببطلاـن احتمـال كون الإمـام فى مقام ردع قضائه فى كليـة الأمور، مع قطع النظر عن خصوص المورد، و عليه فلاـ محيص، امـا من طرحه أو توجيهه، و لو بحمـل غرض الامـام على مجرد بيـان فعلهم، و حينئـذ تبقى اخبـار مطلق المـال أو مطلق الحق، و النسـبة بينهمـا و ان كـانت عمومـا مطلقـا، و لكن حيث لا مفهوم لواحـد منهما، فلا مانع من الأخذ بكلتا الطائفتين.

و لكن الذى يوهن الأخذ بالطائفة الثانية عدم اعتناء الأصـحاب بمثلها، فيتعين الأخذ بالطائفة الاولى و ان كانت ضعافا، إذ لا ضير فيه بعد ما كانت مورد اتكال الأصحاب فى فتواهم عليها. هذا و لكن فى الجواهر ذهب الى الأخذ بالطائفة الأخرى

↓

ص: ١۴٢

قبال الأصحاب و هو تابع وثوقه بالسند شخصا. و المسألة من هذه الجهة لا تخلو عن اشكال.

كما انه قد يشكل أمر القبول فى مثل النكاح، و الخلع، و الطلاق، و الرجعة، و التدبير، و الكتابة، و النسب، و الوكالة، و الوصية، و عيوب النساء، و الوقف.

من جهة التشـكيك فى المال المسموع فيه الشاهد و اليمين. هل هو مما كان متعلق الدعوى فيه ما لا بدوا أو كانت الدعوى مالية عرفـا و كـان المقصود هو المـال، كى يفصـل فى هـذه الـدعاوى بين ما كان كـذلك أو لم يكن، و يقال بأنها تسمع فى دعوى الزوجة دون الزوج و كذلك تسمع فى الخلع. و الكتابة. و عيوب النساء. و الوقف الخاص.

دون غيرها الذى لا يكون من هذا القبيل عرفا. خصوصا الوقف العام الذى لا يرجع الى شـخص فتكون اليمين فيه يمينا فى إثبات مال الغير فتأمل.

و لكن الجواهر فى سعة من هـذه الجهات، و لـذا التزم بان مقتضـى القاعـدة هو القبول فى جميع هذه الفروع إلا ما خرج، و انما الإشكال على من يسلك فى المقام مسلك الأصحاب فى الأخذ بمثل خبر الدعائم و المرسلة و طرح البقية. و عليك بالتأمل التام و التحرى فى أمثال المقام فى المصير الى أحد الطرفين بصرف النظر عن ضعف سند إحدى الطائفتين للقواعد الرجالية أو لمجرد مصير أحد من الأساطين مثل الجواهر و غيره اليه. و عليه التوكل فى حفظنا عن الزلل فى أحكامه.

فروع

اشارة

بقى فى المقام فروع تعرض لها فى الشرائع

منها

: انه لو ادعى جماعة مالا فلا يثبت جميع المال إلا مع حلف كل واحد بضم إقامتهم الشاهد الواحد، لانحلال

↓

ص: ١۴٣

الدعوى إلى دعاوى متعددة، فكل مدع لا بد من حلفه فى إثبات حقه و حينئذ فلو امتنع واحد منهم لا يثبت نصيبه خاصة، و لكن

لا يسقط، لعدم الدليل على مسقطية هذا النكول، و تنظيره بالنكول عن اليمين المردودة قياس بلا دليل. و حينئذ فلو مات الناكل فلورثته الحلف على نصيبه من مورثه و فى لزوم تجديد اقامة الشاهد عليه اشكال ناش من الاكتفاء ببينة كل من كان له تحرير مثل هذه الدعوى على وجه موجب للشركة أم لا بد من أن يكون من خصوص الحالف. و منشأ الاشكال فى الحقيقة التشكيك فى الإطلاق، لأن الأصل حينئذ هو عدم ميزانية شاهد اقامه غيره.

و منها

انه لو ادعى جماعة ما لا و حلف بعض و امتنع بعض آخر، فهل يختص المأخوذ من مقدار حصة الحالف بالحالف أو يشاركه الممتنع بعد الجزم بعدم سقوط حقه حقيقة بامتناعه جزما، فالظاهر انه لا أشكل فى صورة كون المدعى به عينا، إذ حال هذا الحلف حال إقرار ذى اليد بسبب موجب للشركة، فإنه يشاركه غيره فيما أخذ، و ليس ذلك من باب إثبات مال الغير بحلف غيره، بل انما هو بسبب إقرار الحالف بالشركة بعد عدم سلطنة أحد الشريكين على افراز ماله بدون رضاء شريكه و أما لو كان دينا فقد يتوهم اختصاص القابض فيما أخذ بيمينه، و لعله من جهة توهم ولاية المدعى عليه على تعين حصة كل منهم فى العين الخارجية و لولاها لما يصح إقباضه حصته من المال بدون رضاء الباقين بقبضه.
و لكن لا يخفى ما فيه من منع الملازمة المزبورة، كيف و فى مرسلة أبى حمزة التصريح بصحة القبض مع شركة رفيقه فيما أخذ من نصيبه، و فيها: «عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما، و منه غائب عنهما فاقتسما الذى بأيديهما و أحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتضى أحدهما و لم يقتض الآخر. قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله» و فى خبر غياث مثله. و فى ذيله أيضا: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما و ما يذهب بينهما» §الوسائل ج ١٣ ص ١٧٩ باب ۶ الشركة.
.§
↕
ص: ۱۴۴
و لكن يمكن حمل الروايتين على صورة إذن كل منهما فى قبض غيره، إلا أن يقال: ان إذنهما فى القبض لما كان بعنوان كون المقبوض مختصا بالقابض كما هو المنصرف من الرواية، لا يثمر فى صحة قبض المشاع، و عليه فالروايتان صريحتان فى كفاية القبض بدون الاذن مع دلالتهما على عدم ولاية الدائن و المدين فى الافراز و حينئذ فالحكم بالشركة هو مقتضى القاعدة، لأن القبض الصحيح يقتضى انتقال الملكية من الكلى إلى العين، فبعد ما كانت الملكية فى الكلى بنحو الاشتراك، فلا محيص من صيرورة العين المأخوذة، أيضا كذلك كما لا يخفى.
و منها: ما لو ادعى احد أن هذه الجارية التى فى يد غيره أم ولدى، فهنا دعاو أربعة، مملوكية الجارية فعلا، و حريتها بعد موته، و انتساب ولدها اليه، و كونه حرا.
لا إشكال فى ثبوت الدعوى الاولى بالحلف. كما انه لا إشكال أيضا فى ثبوت الدعوى الثانية بإقراره. كما انه بناء على مبناهم من اختصاص الشاهد و اليمين بالماليات عدم ثبوت الثالثة بهما. و اما حرية الولد ففى ثبوتها باليمين المزبورة إشكال، من أن المراد من الدعوى المالية هل هو ما كان محكوما بالمالية لو لا الحلف أم يختص بما يوجب جلب المال فينا فيه حينئذ ما كان يمينه مزيلة. و منشأ الاشكال التشكيك فى شمول الإطلاق فالمرجع حينئذ أصالة عدم الميزانية.

و منها

: ما لو ادعى بعض الورثة ان مورثهم وقف عليهم دارا و بعدهم على نسلهم، فان حلف المدعون أجمع كل مع شاهده فلا إشكال فى ثبوت حقهم، على القول بسماع اليمين فى الأوقاف الخاصة، و انما الكلام فى صورة انقراضهم، فهل يثبت بحلفهم حق الطبقة الثانية أم يحتاجون الى حلف جديد، فعلى القول بأن الطبقة الثانية يتلقون الوقف من الطبقة السابقة، فلا إشكال فى كفاية حلف السابقة، لأن ملكية الثانية من آثار ملكية الاولى الثابتة بالحلف و ليس هذا من باب إثبات مال الغير بحلف غيرهم.

↥

ص: ۱۴۵

و أما ان قلنا بتلقيهم من الواقف- كما هو التحقيق- فحينئذ ففى إثبات ملكيتهم بحلف الطبقة الأولى إشكال، فإنه من باب إثبات حق الغير بحلف غيره و بذلك يفترق مع البينة المثبتة للجميع.

و توهم تنظير المقام بيمين الوارث المثبتة لحق الغريم، مدفوع بان ثبوت حق الغريم هناك أيضا ليس بصرف الحلف بل من جهة إقرارهم المثبت لحق الغريم الذى هو من آثار ملكهم الثابت بالحلف. و من التأمل فيما ذكرنا يظهر النظر فيما أفاده فى الجواهر من التفرقة بين المقام و بين إثبات حق الغريم بحلف الوارث، حيث ادعى فى المقام منع الملازمة دون مسألة حلف الوارث، إذ الغرض ان كان منع الملازمة بينهما واقعا فيلزمه عدم ثبوت الوقف للثانية حتى مع البينة و ان كان الغرض نفى الملازمة فى مقام التعبد فلازمه عدم الثبوت فى حلف الوارث أيضا.

ثمّ انه لو انقرض الأولاد بطبقاتهم اجمع ففى ثبوت الوقف بحلف الطبقة الأولى لمطلق البر أو خصوص الفقراء على فرض دعواهم الوقف بهذه الكيفية أو فرض إحراز ذلك من غرض الواقف فى المنقطع الآخر، اشكال مبنى على الاحتمالين السابقين من تلقى الطبقة الثانية من السابقة أو تلقيهم من الواقف. فعلى الأول يثبت بحلفهم دون الأخير، و حينئذ فيحتاج فى حقهم الى حلف جديد لو لا رجوع الوقف بالنسبة إليهم إلى الجنس على وجه لا يكون الافراد مالكين إلا بعد الأخذ، فان حاله حينئذ حال الأوقاف العامة التى أشرنا إلى الإشكال فى تأثير حلف الافراد فيها لكونه من قبيل حلف الغير لإثبات حق غيره.

و لعل عدم حصر الافراد فى بعض المقامات كاشف عن رجوع الوقف الى الجنس الموجب لرفع اليد عن ظهور لفظه فى التشريك كالفقراء فى الزكاة، و هذا بخلاف ما لو كانوا محصورين كعلماء بعض القرى و البلاد فان الظاهر من العموم

↥

ص: ۱۴۶

كون الموقوف عليهم هم الافراد على السوية الموجب لتشريكهم فيه بالمساواة.

و عليه فيمكن حمل كلام المسالك فى التفصيل بين فرض الحصر و عدمه من حيث الحمل على التشريك و عدمه على ما ذكرنا من البيان لا- على الحصر من باب الاتفاق بعد ما لا يكونون كذلك كى يرد إيراد الجواهر عليه بان مجرد طرو الحصر عليهم من باب الاتفاق لا يوجب رفع اليد عما اقتضاه الوقف من الحمل على الجنس.

ثمّ انه لو مات أحد الحالفين من الطبقة الأولى ففى انحصار المال بالباقى منهم بلا حلف اشكال لو لم نقل بان حلفهم من الأول منحل الى حلفين أحدهما الحلف بمقدار حصته حال حياته و الآخر بانحصار حصة غيره فيه بعد موته، إذ حينئذ لا يحتاج فى الحكم بانتقال حصة الميت إليهم إلى دعوى كونهم متلقين للملك عن الحالف الميت لا- الوقف، إذ على أى حال لم يرد استحقاقهم لحصة الحالف الميت ببركة حلفه كى يجيء الابتناء المزبور، و عليه فما فى المسالك من هذا الابتناء منظور فيه.

ثمّ لو امتنع الطبقة الأولى عن الحلف فعلى فرض القضاء بالنكول نحكم فى الزائد عن مقدار حصتهم من الإرث بملكيته للورثة المنكرين للوقفية، بل و يتعلق بجميع المال حق الديان و الوصية، و أما بالنسبة الى مقدار حصتهم فبعد إقرار المدعين للوقفية ينفذ

علیهـم و علی وارثهم المتلقین للملـک من قبلهم، و لیس للـوارث دعـوی الملکیـة بنحـو الطلـق، نعم مـع اعـترافهم بـالوقف علی الطبقات من جمیع الوارث بنحو الترتیب قد یستشـکل أمر الانتقال إلیهم من جهة إقرارهم باستحقاق الطبقة الأولی لجمیع المال و لازمه عود حصتهم الی المنکرین للوقفیة کما أن المنکرین أیضا مأخوذون بإقرارهم بانتقال مقدار حصة المیت من الطبقة الاولی الی الطبقة الثانیة الوارثة له. و علیه فلا بد من انتزاع المال من یدهم. و زمام أمره حینئذ بید الفقیه الجامع للشرائط إما یوقف المال الی أن یتعین صاحبه أو ینصفه بملاک درهم الودعی أو قاعدة العدل و الانصاف، نعم لو لم یکن

↕

ص: ۱۴۷

الورثـة مقرین بالوقف علی جمیع الوراث حتی المنکرین له کان أمر هـذه الحصـة الوافیـة بمقدار إرثهم راجعا الی مدعی الوقفیة فبمقتضی إقرارهم بالوقفیة یکون المقربة بیدهم وقفا.

ثمّ ان ذلک کله فی مقدار حصتهم من الإرث و أما بالنسبة إلی الزائد عن حصتهم فهل لوراث الناکل أن یحلفوا بالوقفیة فیأخذوا بعـد نکول الطبقـة الأولی عن الحلف أم لا وجهان مبنیان علی أن النکول ذاهب بحق الوقفیـة حقیقـة کی یکون المورد من قبیل الوقف المنقطع الأول فیبطل الوقف و یرجع الی المیراث أو لا یـذهب بالحق کـذلک بل غایـة الأمر کونه مسـقطا لسلطنة الناکل علی مطالبـة حقه فیبقی حینئـذ حق الطبقـة اللاحقـة بحاله، فیأخـذون بحلفهم جدیـدا، الأقوی هو الثانی بل بناء علی الأول أیضـا یمکن أن یقال غایة ذاهبیة النکول بالحق کونه مسقطا من حینه لحقهم و مثل ذلک لا یقتضی فساد الوقف بالنسبة إلیهم من حین إنشاء الوقف کی یکون من صـغریات منقطع الأول و ان کان المدعی به الوقف التشـریکی ففی کفایة حلف الطبقة الأولی للثانیة أیضا إشـکال لأن تلقی الموقوف علیهم بجمیع طبقاتهم الملک من الواقف فی عرض واحـد رتبـة فلا یکفی حلف أحـد فی حق غیره لعـدم مثبتیته لحق غیره، نعم هنـا فی مقـدار حصـتهم لا یکون فی العین منازع فیأخـذون حصـتهم و یترتب علیه آثار الوقفیة باعترافهم.

و لو أنکروا اعتراف مورثهم بالوقفیـة أو ادعوا صوریة إقراره فتسـمع دعواهم علیه بشـهودهم و فی الاحتیاج الی الیمین لکونه من الـدعوی علی المیت اشکال من اختصـاص الـدلیل بمورد الـدین و العین المحتمـل أداؤهما کی یراعی بواسـطة ذلک الاحتمال وظائف المنکر و فی مقام لا یتصور مثل هـذا المعنی بالنسـبة إلی المیت کی یصـیر به مـدعیا و المـدعی منکرا، و من انه لمحض التعبد الممکن إجراؤه فی کل مورد یکون طرف الدعوی میتا بلا خصوصیة للدین و ملکیة العین.

ثمّ لو کانت الطبقة الثانیة صغارا فلا طریق لإثبات حصتهم فعلا لان حلف الطبقة

↕

ص: ۱۴۸

السابقة و کذلک الولی عن الصغیر لا یثمر فی إثبات مال غیره فلا محیص من توقیف الدعوی بمقدار حصتهم الی ان یبلغوا فهل تتوقف حصتهم من العین أیضا أم تبقی تحت ید المنکر، ظاهر الجواهر هو الثانی خلافا للشرائع.

و قد یتوهم بان مبنی نزاعهم فی المقام هو الخلاف بینهم فی تقدیم الید اللاحقة علی الاستصـحاب و عدمه بعد کون المورد من صغریاته من جهـة کون المال بالحلف من الطبقـة السابقـة قبل وجود الصـغیر بتمامه محکوما بالوقفیة و کون ید المنکر بمنزلة ید المدعین للوقفیة فتحکم الید السابقة علی اللاحقة أو العکس، کل علی مذهبه.

و لکن فیه أولاـ أن ذلـک انما یتم فی صورة خروجه من یـد المنکر حقیقـة و کونه فی یـدهم فعلا و إلا فمع فرض کونه فی ید المنکر من أول الأمر فمقتضی القاعدة استصحاب عنوان الغصبیة فی یده و فی مثله لا نسلم کونه محل النزاع المزبور.

و ثانيا نقول: إن ذلك انما يتم فى فرض احتمال مطابقة اليدين للواقع و لو من جهة احتمال انتقال جديد و إلا ففى مثل المقام تقع المعارضة بين هذه اليد و الحلف السابق فمع تقديمه عليها سابقا يخرج هذه اليد عن الحجية فيستصحب عدم حجيتها لعدم عموم أزمانى فى دليلها كما لا يخفى فافهم.

و عليه فلا وجه لإبقائه تحت يد المنكر و لو بنينا على تقديم اليد اللاحقة على السابقة كما لا يخفى، و حينئذ فما أفاده المحقق من إيقاف الحصة إلى زمان بلوغهم فى غاية الجودة. و المرجع فى حفظها بعد ما كان من الحسبيات هو الفقيه، ثمَّ العدول.

ثمَّ لو بلغ الصغير فان حلف فيأخذ حقه، و ان نكل و قلنا بالقضاء به فلاحق له و حينئذ ففى الإعطاء للمنكر الاشكال السابق المبنى على عموم دليل اليد أزمانا فى فرض كونه فى يد المنكر من أول الأمر إلى الحين و عدمه، و حينئذ يكون المال مما

↕

ص: ۱۴۹

قامت الحجة على عدم كونه لكل منهم لأن الاستصحاب ينفى ملكية المنكر، و النكول ينفى ملكية الناكل، و الإقرار من بقية المدعين للوقفية بنحو التشريك ينفى سلطنتهم على مقدار حصته، و حيث ان شيئا من الامارات لا يعارض الإقرار، ينحصر الحق ظاهرا بين الناكل و المنكر و لا بد حينئذ من التقسيم بينهما بمقتضى العدل، و لا مجال للتوقيف فى المقام لعدم انتهائه إلى أمد مخصوص و اللّه العالم.

و منها: انه لو ادعى حرية عبد فى يد غيره ففى ثبوتها بالشاهد و اليمين اشكال قد تقدم وجهه فى دعوى حرية ولد الأمة فى الفرع السابق.

و توهم الفرق بين المقامين من جهة ان حرية الولد من لوازم ملكية أم الولد الثابتة بالشاهد و اليمين دون المقام الذى يكون الحرية تحت الدعوى بدوا.

مدفوع بأن حرية الولد من لوازم حرية الأم بعد موت مالكها لا ملكيتها قبله، و إثبات مثل هذه الجهة بالشاهد و اليمين أول الدعوى لعدم إحراز مالية المدعى به.

و لعل الى ما ذكرنا أيضا نظر الجواهر فى منعه للملازمة بين الحرية للولد و و الأمومة بحمله على الملازمة فى الظاهر بين ملكية الام الثابتة بالحلف و الشاهد و حرية ولدها، لا نفى الملازمة بينهما فى الواقع أيضا كى يرد عليه بان لازمه عدم سماع البينة أيضا مع انه ليس كذلك جزما.

↕

ص: ۱۵۰

فى القضاء التنفيذى

(و إذا شهد بالحكم عدلان عند حاكم آخر أنفذه الحاكم الثانى ما لم يخالف المشروع) بلا اشكال فيه لو كان المراد مجرد إجرائه، لا ـ إنشاء حكم آخر فى الواقعة إمضاء للحكم الأول، لعدم تمامية الميزان فى حقه، و كون مجرد الحكم السابق ميزانا لمثل هذا الحكم أول الدعوى، خصوصا مع اعتبار سبق هذا الحكم بخصومة جديدة للمنع من تجديده بمقتضى الحكم الفاصل السابق.

و لقد تقدم أيضا من أن دليل الحكم لا يشمل ما لا يكون مسبوقا بالخصومة. و توهم كون الحكم الأول موضوع هذا الحكم من جهة حرمة رده أفسد، لأن حرمة الرد لا يقتضى وجوب الإنفاذ نعم لو كان المراد من الحكم بالإنفاذ هو الحكم بصدور الحكم

الصحيح عن الحاكم الأول فهو أيضا صحيح على فرض كون مثل هذه الجهة مورد التخاصم.
و على أى حال لا إشكال فى وجه المراد، و انما الكلام فى تعيينه فى كلمات الأصحاب إذ الظاهر من كلمات المحقق هو التنفيذ، بمعنى الحكم بالصدور أو صحة الصادر. و ظاهر كلمات الرياض كون المراد هو التنفيذ بمعنى إمضاء الحكم بأصل الملكية، و لذا أنكره و ادعى عدم مشروعيته، و حينئذ فلا يرد النفى و الإثبات على

↕

ص: ١٥١

معنى واحد.

و على أى حال ففى سماع قول الحاكم وحده اخبارا عن حكمه فى جواز التنفيذ من الثانى بكل واحد من المعانى نظر، لعدم كونه من موازين الحكم و ان يترتب اثر صدوره من جهة كونه مدعيا بلا معارض، أو من جهة قاعدة من ملك شيئا ملك الإقرار به، و لعل تردد المحقق ناظر الى الاكتفاء به ميزانا للتنفيذ لا حجة فى مقام ترتيب الأثر على الصدور أو صحة الصادر.

و من التأمل فيما ذكرنا ظهر حال كتابته اخبارا فإنه على فرض عدم مضرية احتمال التزوير و لا عدم القصد، لا يكون ذلك بأقوى من قوله، فضلا عن مجىء الاحتمالات السابقة المضرة بحجيته، نعم لو فرض نفى الاحتمالات المزبورة و كان الشك فى مجرد كونه بصدد الاخبار عن الواقع جدا أو بصدده تقية، أمكن دعوى السيرة على جريان أصالة الجهة الموجبة لحجيته، و بهذا المعنى تسمع الكتابة فى الوصايا و الأقارير.

و بملاحظة ذلك ربما يصح الاتكال على الإسناد المتعارفة المعمولة فى مقام الاستشهاد على شىء لفرض الاحتمالات السابقة و كون الشك فى صرف مطابقة اخباره الكتبى للواقع أو لوجهه و اللّه العالم.

ثمَّ ان فى الشرائع اختصاص القضاء التنفيذى بحقوق الناس دون حقوق اللّه و ادعى عليه الإجماع، فإن تمَّ فهو و إلا فللنظر فيه بعد قيام البينة مجال و توهم أن المستفاد من درء الشبهة هو إسقاط اللّه حق خصومته فليس لأحد الخصومة فيه، مدفوع بان مجرد درء الشبهة لا يقتضى الإسقاط، مع أن الكلام فى تنفيذ الحكم الأول، فلا بد من فرض الكلام فى مورد تصور الخصومة و فصلها بالحكم الأول كما لا يخفى، و الاولى القول بعدم الموضوع له لعدم تصور الحكم بمعنى الفصل فيه بل المراد ترتيب الأثر على طبق البينة لما أفاده الجواهر فتدبر.

↕

ص: ١٥٢

ثمَّ انه قد يفرق فى مورد التنفيذ بين صورة فسق الحاكم الأول بعد حكمه، و بين جنونه أو موته، فذهبوا إلى مشروعية التنفيذ فى الأخيرين دون الأول، و قد تمسك فى الجواهر بأصالة عدم صحة الحكم فى الأول، و أصالة بقاء الحكم على صحته فى الثانى. و لكن لا يخفى أن هذه التفرقة انما يتم لو احتمل كون عدم الفسق شرطا متأخرا فى صحة الحكم دون الأخيرين، و إلا فلا مجال للفرق بينهما إذ جريان الأصل بالنسبة إليهما بنحو واحد.

و حيث كان كذلك، فنقول: ان غاية ما يستفاد من أدلة مانعية الفسق هو المانعية المتقدمة لا المتأخرة و عليه فلو لا الإجماع المزبور على التفرقة بين الفرضين، كان للنظر فيه مجال لو لا دعوى أن حكمة مشروعية التنفيذ تجليل الحاكم الأول أيضا و الفاسق خارج عن صلاحية التجليل، و لكن للنظر فيه أيضا كمال مجال و اللّه العالم.

↕

ص: ١٥٣

الفصل الرابع فی المدعی

اشارهٔ

و قد یعرف المدعی بأنه لو ترک الخصومهٔ ترک، و لا یخفی أن مرجعه الی کونه مبدء الخصومهٔ، و کان من شأنه إبداء الإلزام علی غیره، و فی قباله المنکر الذی شأنه نفی إلزام الغیر عن نفسه، من دون فرق بین کیفیهٔ تحریر الخصومهٔ بنحو السلب أو الإیجاب، و من المعلوم ان لازم هذا المعنی کون المنکر تارکا للخصومهٔ لو ترک غیره، لان وظیفته بالطبع رد إلزام الغیر عن نفسه الذی هو بحسب الرتبهٔ متأخرا عن الدعوی، نظیر تأخر طبع القبول حقیقهٔ عن الإیجاب.

ثمَّ المراد من الإلزام الذی من شأن المدعی ابداؤه، ربما یختلف بحسب المقامات، لأنه إن کان محط الخصومهٔ هو مرتبهٔ أصل ثبوت الاشتغال فالإلزام المبدء فی هذه المرحلهٔ لا یکون إلا بإثبات الاشتغال و أما لو کانت الخصومهٔ فی مرحلهٔ الفراغ عما اشتغلت الذمهٔ یقینا، فابداء الإلزام فی هذه المرحلهٔ انما هو بإثبات الفراغ، و هذه الجههٔ صارت منشأ صیرورهٔ مدعی الرد مدعیا، إذ فی مرحلهٔ الفراغ الذی هو محط الخصومهٔ لا یکون الدائن ملزما لطرفه بدعواه، إذ إلزامه لیس إلا بما هو ثابت فی نفسه، و لو من جههٔ اقتضاء الأصل ذلک، و انما إبداء الإلزام المتصور فی مثله لیس إلا من قبل المدیون، نعم لو کان قوله فی رده حجهٔ کقول الأمین فی دعواه

↕

ص: ۱۵۴

الرد ینقلب هذا الشأن منه الی الدائن.

و بالجملهٔ نقول: إن مبدأ الخصومهٔ عرفا لا بد أن یکون فی دعواه محتاجا الی مثبت خارجی و لا یشمل من کان قوله ثابتا فی نفسه، و لذا یترک هو و حجته لو ترکه غیره، و حینئذ فربما یلازم مثل هذا المعنی قول بعضهم فی تشخیص المدعی من أنه هو الذی یکون قوله علی خلاف الحجهٔ و الظاهر ان المراد من الحجهٔ هی الحجهٔ الفعلیهٔ فی مورد دعواه أصلا کان أو ظاهرا یتکل علیه عرفا، و من جههٔ ذلک کان مدعی الفساد علی خلاف أصالهٔ الصحهٔ مدعیا، و لیس مراده مخالفهٔ قوله لأصل مخصوص أو أصل فی الجملهٔ. و من التأمل فیما ذکرنا کله ظهر مواقع النظر فیما أفید فی الجواهر فراجع و تأمل فیه و فیما ذکرنا.

و هل المدار علی قیام الحجهٔ فی محط الدعوی محضا أم یکفی قیام الحجهٔ علی نفی الجههٔ الملزمهٔ المترتبهٔ علی هذه الدعوی، قد یظهر من الجواهر فی دعوی استیجار دار بأجرهٔ معینهٔ مع اختلافهما فی تعیین الأجرهٔ بین الأقل و الأکثر. بأن المدار مخالفهٔ القول للحجهٔ فی نفس محط الدعوی، و لذا ادعی بان کل منهما مدع من جههٔ لأصالهٔ عدم تعلق العقد علی ما ادعاه و لکن صریح السرائر خلافه، حیث التزم بأن الأصل مع منکر زیادهٔ مال الإجارهٔ، و الظاهر تقدیم قول السرائر لعدم صدق «لو ترک ترک» بالتقریب المتقدم علی من وافق قوله الأصل فی جههٔ لغیره إلزامه کی یکون الغیر مبدأ للإلزام بأمر غیر ثابت، مع ان فی النص الصریح فی دعوی الودیعهٔ من طرف المالک و الرهن من طرف غیره، تقدیم الإمام حینئذ قول من یدعی الودیعهٔ الذی هو کاشف عن ان المدار فی موافقهٔ الأصل و مخالفته لیس إلا فی الجههٔ التی تکون الدعوی بالنسبهٔ إلیها ملزمهٔ لا بالنسبهٔ إلی محط الدعوی.

و أیضا هل المراد من الحجهٔ فی المقام هو مجرد الحجهٔ الاقتضائیهٔ کی تکون

↕

ص: ۱۵۵

صورة الاختلاف فى ثمن المبيع بين المتباينين من باب الدعويين و الخصومتين لان كلا منهما مدع و منكر كما هو ظاهر كلام المسالك فى نظره من التحالف، أو المراد هو الحجة الفعلية كى يصدق على كل واحد بعدم مطابقة قوله للحجة فيكون مثل الفرض المزبور من التداعى فى خصومة واحدة بلا تحقق منكر فى هذه الخصومة، و لقد اعترف الجواهر فى فرض كون العين بيدهما مشاعا بان اليدين متساقطتان، فلا يصدق على شىء منهما المنكر، و لكن قد اختار فى الاختلاف فى ثمن الإجارة المزبورة بان كلا منهما مدع من جهة و منكر من جهة، مع انه لو كان المدار فى الأصل المخالف ان كان على الأصل و لو لم يكن حجة فعلا، فلازمه فى العين فى يدهما بعد تساقط اليدين بمختاره ان يكون أيضا من باب الدعويين و إلا فلا محيص فى فرع الاختلاف فى مال الإجارة أيضا ان يلتزم بعد وجود منكر لعدم أصل حجة من جهة العلم الإجمالى بكذب أحدهما، و على اى حال لا يخلو التفرقة بين الفرعين على مختاره من تساقط اليدين من تهافت.

و كيف كان فالذى يقتضيه التحقيق جعل المدار على الحجة الفعلية إذ هو الذى يوجب كون من كان قوله موافقا له متروكا لو تركه غيره، مع انه لو كان المدار على مجرد الحجة الاقتضائية يلزم الالتزام بعد تشخيص المنكر فى غالب الدعاوى إذ ربما يكون قول الآخر أيضا موافقا لأصل آخر محكوم.

و من جهة ذلك نقول: إن مقتضى القاعدة كون النزاع فى فرع الاختلاف فى الثمن المردد بين المتباينين من باب التداعى فى خصومة واحدة لا من باب الخصومتين لوجود مدعيين و منكرين، و تمام الكلام فى محله.

ثمّ ان المراد من الحجة هل هو مجرد الحجة العقلائية و لو كانت مردوعة شرعا أو لم يثبت امضاؤهم من ناحيته، أم خصوص الحجة الشرعية.

قد يتوهم بان تشخيص المدعى و المنكر المأخوذ فى لسان الدليل بعد ما كان نظير سائر العناوين العرفية بيدهم فلا بد ان يلاحظ نظرهم فى صدق عنوان المدعى

↥

ص: ١٥٦

على كل منهما، و لازم ذلك كون المتبع حينئذ أصولهم لا الأصول الشرعية.

و لكن يمكن أن يقال بان صدق المدعى على مثل هذا الشخص بمناط حجية الأصل باعتقادهم فلو ردعهم الشرع الشريف من جهة تخطئتهم فى التمييز لا يبقى مناط فى الصدق المزبور، بل ربما يصير العنوان حينئذ منطبقا على غيره، نعم ما لم يردعهم كان نظرهم ميزان التمييز بمقتضى الإطلاق المقامى كسائر العناوين القابلة لفهم مناط خطأهم كما هو الظاهر، و عليه فلا بد أن يكون الظاهر الذى يكون مخالفته مع الدعوى مناط صدق المدعى من الظواهر المتبعة شرعا كما لا يخفى.

ثمّ انه لو شك فى مورد فى تشخيص المدعى عن المنكر من جهة عدم إحراز حجة شرعية أو عرفية ففى الاكتفاء بالبينة نظر لا من جهة عدم عموم دليل فى حجيتها كما يدعى إطلاق ذيل رواية مسعدة، بل من جهة الشك فى ميزانيتها بعد اقتضاء التفصيل قطع الشركة فى عموم البينة على المدعى إلخ. و حينئذ فلو أقام أحد الطرفين بينة فان حلف على طبق دعواه مع رضاء غيره بحلفه فيحكم له للعلم الإجمالى بوجود الميزان و إلا فلا مجال للحكم على طبق واحد منهما فى ظرف انفراده عن غيره للشك فى قيام ميزان الفصل فى مثله، و حينئذ فما فى الجواهر من ان عموم دليل البينة يقتضى الحكم على طبقه منظور فيه.

و توهم أن عموم «رجل قضى بالحق» «و من حكم بحكمنا» و ان لم يرجع إليه فى الشبهة المصداقية المحضة، و اما فى مثل المقام و ان كان المخصص مبين المفهوم لكن الشك فى تحققه لما كان من جهة الشك فى حجية شىء مخالف لقوله شرعا كان رفع مثله بيد الشارع ففى مثله كان أصالة العموم المزبور بضميمة إطلاق دليل حجية البينة محكمة.

مدفوع بان ذلك فرع كون أصالة العموم حجة حتى فى صورة احتمال انطباق الحجة على الخاص عليه و إلا فلا مجال للمصير اليه و لو كان أمر رفع شكه بيد الشارع هذا، مع ان ذلك الكلام انما يتم فى العمومات بالنسبة إلى مخصصاتها و اما بالنسبة إلى المطلقات و المقيدات فلا يكاد يتم ابدا، و تنقيح الكلام موكول الى محله و لقد

↕

ص: ۱۵۷

بسطنا الكلام فيه فى مسألة التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية فى مقالتنا و حاشيتنا على كفاية شيخنا العلامة أعلى اللّه مقامه فراجع و تأمل فيه.

ثمَّ اعلم ان سماع الدعوى على وجه يوجب إلزام الخصم بالحضور و إلزامه بالجواب ثمَّ باليمين عند عدم البينة على ما تقدم سابقا، مشروط بكون المدعى ذا سلطان على المطالبة لأن السلطنة على الدعوى من شؤون السلطنة على مطالبة الحق الثابتة حتى فى حال الشك فى ثبوت حقيته، فبدون مثل هذه السلطنة واقعا لا مجال للسلطنة على الدعوى المرتبة عليها الآثار الخاصة المزبورة، و مثل هذه الجهة هو الملاك التام فى سماع الدعوى عرفا و شرعا.

ما يعتبر فى المدعى

اشارة

و بعد ذلك الأساس لا بد من اعتبار أمور فى المدعى:

منها: أن يكون مكلفا فلا يسمع دعوى الصغير و لا المجنون. و ذلك لا من جهة سلب عبارتهما، إذ يمكن منع اقضاء دليله منع هذا المعنى بل غاية الأمر عدم جواز أمرهما المنشأ لترتب آثار و مسببات على مثلها لا مثل الدعوى الحاكية عن مطالبة حقه، بل العمدة عدم سلطنته على المطالبة المزبورة فكيف له السلطنة على ما من شؤونه هذا، مع إمكان كون هذه الدعوى أيضا بملاحظة منشئيتها لآثار خاصة من الأمور التى لا يجوز مثلها على الصغير.

و منها: أن يكون مدعيا لنفسه أو لمن له الولاية من جهة سلطنته على المدعى به بخلاف الأجنبى المحض الذى لا سلطنة له بوجه على المدعى به، و ليس شأن مثله عرفا تحرير الخصومة، نعم لا بأس بسماع بينته لكن لا بما هو ميزان فصل خصومة

↕

ص: ۱۵۸

بل بما هو حجة و منشأ لترتيب آثار الواقع.

و قيل أيضا: انه لا بد أن يكون مدعيا بما يصح تملكه، فلا يسمع دعوى تملك الخمر و الخنزير.

و لكن يمكن الإشكال فى إطلاقه، إذ ربما يكتفى فيه بمجرد حق الاختصاص المنتهى الى الملكية أو الصالح لها كدعوى خمر تصلح أن تصير خلا، نعم مالا ينتهى إلى ملكيه أبدا ففى الاكتفاء بصرف حق الاختصاص غير المنتهى الى حق ملزم تكليفى على الغير، بل ربما يكون مثله منشأ توجه التكليف بإزالته عن المسجد و أمثاله، منظور فيه. لعدم كونه من الدعاوى الملزمة على الغير، مع أنهم اشترطوا فى سماع الدعوى عرفا أن تكون ملزمة لخصمه و لو بضميمة أصل من الأصول، و لعل وجهه أيضا هو كون السلطنة على الدعوى من شؤون السلطنة على إلزام الغير بوفائه على طبق دعواه و مطالبته.

و من ذلك لا تسمع دعوى الوقف و الهبة و بيع الصرف بلا ضم دعوى القبض به، إذ لا يكون المدعى به موجبا لإلزام الخصم

بشیء. و أما دعوی بیع غیر الصرف فلا بأس بسماعها و لو لم یضم الیه انقضاء زمان الخیار علی المختار من عدم دخله فی الانتقال خلافا للشیخ بل و لا یحتاج فی سماع الدعوی المزبورة ضم دعوی عدم الفسخ، إذ نفس المدعی به کان ملزما غایة الأمر الفسخ یوجب رفع تأثیره و الأصل عدمه، فما أفاده الأردبیلی من الاحتیاج الی هذه الضمیمة منظور فیه، کیف و لازمه عدم سماع دعوی الهبة للأجنبی حتی مع ضم القبض لاحتمال رجوعه و هو کما تری.

ثمَّ انه بقی فی المقام فروع

اشارة

لا بأس بتعرضها تبعا للمحقق فی شرائعه.

↕

ص: ۱۵۹

منها

انه لو التمس الغریم إحلاف خصمه بعد اقامة الخصم بینته لم یسمع منه سواء فی دعوی الأعیان أو الذمم و من غیر فرق بین قیام البینة علی الاستحقاق الفعلی أو الاستحقاق السابق و حکم الحاکم أیضا علی طبقه کی یستصحب فی إجرائه لا لمیزانیته فی حکمه بالاشتغال الفعلی کی تنکر میزانیته.

و عمدة الوجه فیه ظهور التفصیل القاطع للشرکة بعد الجزم بعدم جریان المناط فی الیمین الاستظهاری فی الدعوی علی المیت فی المقام، لما أفید من العلة غیر الجاریة فی المقام. و حینئذ فما عن القواعد من سماع الالتماس المزبور منظور فیه. نعم فی فرض قیام البینة علی الاشتغال السابق و حکم الحاکم علی طبقه کان للخصم دعوی الوفاء لو لم یکن إنکاره السابق متضمنا لإقراره بعدم الوفاء. و بعد تحریر مثل هذه الدعوی الجدیدة کان وظیفة منکر الرد الیمین. و اما قبل تحریر الدعوی فلا مجال لتوجیه الیمین علیه بعد قیام بینته علی الاشتغال و لو سابقا فضلا عن إقامة البینة علی الاشتغال الفعلی. إذ لا مجال حینئذ لضم الیمین به ابدا. بل لا مجال لسماع دعوی الرد و الوفاء من المنکر بعد حکم الحاکم بالاشتغال الفعلی لحرمة رده و فصل مثل هذه الخصومة أیضا کما لا یخفی هذا.

و منها

: انه هل تسمع دعوی الإقرار لکونه ملزما ظاهریا أم لا تسمع من جهة ان ملزمیته و لو ظاهرا فرع وصوله فما لم یصل الی المکلف لا یکون بملزم أصلا. فکان کدعوی الهبة قبل القبض و من هذه الجهة لا یقاس الإقرار بالبیع، وجهان مبنیان علی ان الاحکام الظاهریة هل فعلیتها فرع وصولها الی المکلف بحیث لولاه لا تکون فعلیة بعثیة بخلاف الأحکام الواقعیة من الوضعیات و التکلیفیات إذ فعلیتها الواقعیة لیست تابعة لوصولها غایة الأمر لا تنجیز لها، و حیث قد حققنا فی محله عدم تبعیة فعلیتها للوصول فلا بأس بسماع مثلها، مع إمکان ان یقال: انه یکفی فی سماع الدعوی مجرد

↕

ص: ۱۶۰

ملزميتها فى ظرف ثبوتها و لا- يحتاج الى الملزمية فى ظرف الدعوى. اللهم الا- ان يقال ان الدعوى بعد ما كانت من شؤون السلطنة على المدعى به فما لم يثبت مثل هذه السلطنة لا مجال لصحة الدعوى عليه و حينئذ فالعمدة هو المبنى الأول كما لا يخفى.

و منها

: انه لا تفتقر صحة الدعوى الى تفصيل السبب بعد ترتب الأثر على القدر المشترك، بل و على فرض ترتبه على كل واحدة من الخصوصيتين، نعم فى سماع الدعوى على فرض ترتب الأثر على احدى الخصوصيتين اشكال، إذ هى من صغريات الدعاوى المجهولة. و لقد تقدم شطر من الكلام فيها فراجع لعله ينفعك فى المقام.

و على اى حال فلو ادعى الزوجية و أنكرت المرأة فلا شبهة فى سماعها بلا احتياج الى استفصال خصوصياتها لان نفس الزوجية مما يترتب عليها الآثار. و عليه فالبينة على المدعى و اليمين على من أنكر، و لكن فليعلم ان دعوى كل طرف فى مثل هذه الدعوى بمنزلة إقراره بما هو ضرر عليه و لازم ذلك تقديمه على البينة و الحلف و غيرهما كما ورد من قول الصادق (ع) «المؤمن أصدق على نفسه من سبعين مؤمنا» الذى لازمه ترجيحه على البينة المتقدمة على سائر الحجج جزما مضافا الى ما ورد فى سماع تكذيب الحالف نفسه حتى بعد حكم الحاكم المستلزم لتقديم الإقرار على حكم الحاكم و حلفه أيضا، و لازم ذلك حينئذ عدم تمامية ميزان القضاء على الزوجية مطلقا حتى بالنسبة إلى الآثار الضررية على المقر بها أو بعدمها نعم لا بأس بسماع سائر الموازين بالنسبة الى غير مثل هذه الاثار.

و حينئذ فلا- بد للحاكم ان يحكم على طبق ما جرى عليه الميزان من البينة و اليمين مع ضميمة ما يقتضيه إقرار كل واحد من الطرفين عند تحريرهما الخصومة و ليس له الحكم بالزوجية حتى بالنسبة إلى المنكر لها من حيث آثارها الضررية عليها و هكذا العكس.

↨

ص: ۱۶۱

ثمَّ انه من التأمل فيما ذكرنا من عدم سماع دعوى الجامع فى فرض ترتب الأ-ثر على احدى الخصوصيتين ظهر وجه ما افاده المحقق من قوله «و لو ادعى أيضا انها ولدت فى ملكى ففى عدم السماع اشكال» من جهة ان مثل هذا غير ملزم بنفسه و من أنه بضميمة الأصل و قاعدة تبعية النماء للملك كان ملزما، أقواه الأخير. و هكذا لو ادعى انه ثمرة نخلى. و اولى بالسماع لو قال هذا غزل قطنى أو دقيق حنطتى فإن احتمال انتقاله بصيرورته دقيقا و غزلا غير متصور الا بنذر نتيجة أو بشرطه فى ضمن عقد لازم و هو بعيد و ان كان مقتضى التحقيق صحة شرط النتيجة بالنسبة إلى الملكية و ان لم يصح بالنسبة إلى مثل عنوان البيع و الصلح و غيرهما. لثبوت احتياجهما إلى أسباب خاصة غير معلوم الثبوت بمثل النذر و الشرط.

كيفية التوصل إلى الحق

بقى الكلام فى كيفية التوصل إلى الحق، فنقول: إن الحق تارة عين، و أخرى غيرها من منفعة أو دين، فان كان عينا أو منفعة فلا إشكال فى انه بعد ثبوت الحق ببينة أو غيرها ان له انتزاعه و لو بالقهر ما لم يثر فتنة عظيمة فيها تلف الأموال و النفوس بحيث

يعلم عـدم رضاء الشارع بمثله كما تشعر به أيضا أخبار بيع الوقف نعم لو كان عالما بحقيته بلا قيام حجة شـرعية لدى غيره، ففى تكليف نفسه لاـ اشـكال مـا لم يحلف من أخـذه منه مع تمكنه من انتزاعه، و إلاـ فمع التمكن من التقـاص من ماله ففيه التفصـيل الآتى فى الفرع الآتى لاتحاد المناط، و مع عدم التمكن منه أيضا فلا بد من رفع أمره الى الحاكم العدل، فيتبع حكمه فى الواقعة.

و أما ان كان دينا فلا اشـكال مع بذله فى أن للباذل اختيار القضاء و ليس له الأخذ من ماله بدون تعيينه و ان كان غائبا، فمع عدم الضرر فى صبره فيصبر الى أن

↕

ص: ۱۶۲

يحضـر فيبـذل و إلا فمقتضـى عموم نفى الضـرر عـدم رضاء الشارع بتفويت حقه، فلا بـد من تعيينه بإذن الحاكم مع فرض ثبوت حقه عنده لأنه من الحسبيات التى يكون المرجع فيها هو الحاكم الولى على القصـر فى هذه التصرفات، مضافا الى إمكان استفادة هـذا المقدار من الولاية من إطلاق المقبولة بعد كون مثله شأن قضاة الجور نعم الغائب حينئذ على حجته و فى لزوم أخذ الضامن منه وجه تقدم الكلام فيه فى محله.

و ان كان المديون حاضرا مقرا و لكن كان ممتنعا عن الأداء، فمع عدم التمكن من الوصول الى الحاكم فالظاهر انه لا إشكال فى استقلاله فى التقاص بمقـدار ماله من ماله الآخر، و ان تمكن من الحاكم ففيه إشـكال سـيأتى فى المسألة الآتية من فرض جحود الطرف بناء على التحقيق من جريان الاخبار بمناطها فى المقام خصوصا ما اشتمل على قضية زوجة أبى سفيان إذ الظاهر كونه من مصاديق المسألة.

و عمـدة وجه الاشـكال بعـد كون اسـتقلاله فيه على خلاف القاعـدة لاحتمال عدم التعيين إلا بإذن الرئيس فى تقاصه ولاية، تارة من جهـة التشـكيك فى وجه دلالـة الأخبـار الآتيـة بـأنه من بـاب بيان الحكم الإلهى كى يسـتكشف منه عـدم احتياج التعيين فى المورد الى تعيين المالك بنفسه و باختياره أو انه من باب اذن الامام له ولاية كى يحتمل فى زمان الغيبة دخل إذن الرئيس فيه. و اخرى من حيث إطلاقها لصورة التمكن من الإثبات لدى الحاكم العادل.

و لو كان المـديون جاحـدا فان قلنا باسـتقلاله فى التقاص بمقتضـى إطلاق الأخبار الآتيـة من حيث التمكن من إثبات حقه لـدى الحـاكم و عـدمه فهو، و ان لم نقـل بإطلاقهـا لمثل هـذه الصورة أو لم نقل بأصل الاسـتقلال فلا بـد حينئـذ من إثبات حقه لـدى الحـاكم ببينـة كى يكون له الاـذن فى التقـاص و لا يكفى حينئـذ مجرد اذنه المعلق على محقيته بلا احتياج إلى البينـة المثبتـة، إذ كيف له مثل هـذا الاذن مع احتماله خطاء المتصـرف الموجب لكون اذنه الـذى هو بمنزلة تصـرفه بلا محل، و هذا بخلاف فتواه على

↕

ص: ۱۶۳

الجواز معلقا لأن الفتوى منه بيان للحكم الواقعى و ليست هى منه بمنزلة تصـرف نفسه كما لا يخفى. نعم لو لم يتمكن من إثبات الأمر لدى الحاكم فالظاهر عدم إشكالهم فى استقلاله فى التقاص، إما لإطلاق الاخبار أو لقاعدة الضرر المثبتة لسلطنته عليه.

و حيث اتضـح مثل هذه الجهات فالعمدة فى المقام التكلم فى أخبار الباب فنقول: ان من جملتها ما فى خبر جميل: سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل يكون له على الرجل الـدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده، أ يأخذه و ان لم يعلم الجاحد بذلك؟ قـال: نعم. و نظيره ما فى صـحيحتى داود بن رزين و ابن زربى، و فيهما: «ثمَّ يقع لهم عنـدى المال فلى ان آخـذه؟ قال: خـذ مثل ذلـك و لاـ تزد عليـه». و فى صـحيحة أبى بكر «أ يجـوز لى ان وقـع لـه قبلى دراهم ان آخـذه منه بقـدر حقى؟ قـال: فقـال: نعم»

§الوسائل ج ١٢ ص ٢٠١ باب ٨٣ ما يكتسب به رقم ١٠ و ١ و ۴ و ۵.
.§
و لا يخفى ان مقتضى ترك الاستفصال فيها استقلاله بالتقاص حتى فى فرض تمكنه من الاستيذان من الحاكم أو إثبات حقه لديه و توهم حمل هذه الأخبار على بيان الاذن من الامام، خلاف ظاهر كون الراوى فى مقام السؤال عن حكم الواقعة من حيث الجواز و العدم شرعا، لا فى مقام الاستيذان منه (ع) مع جزمه بعدم الجواز بدون اذنه (ع).
و أيضا ظاهرها شمولها لما لو كان المال وديعة عنده، خصوصا فى خبر ابن سليمان §المصدر رقم ۹ ص ٢٠۴
§ التصريح به، بل و فى صحيح البقباق «اما انا أحب ان تأخذ و تحلف» §المصدر رقم ٢ ص ٢٠٢
§ و حينئذ فربما يقع بينهما و بين النواهى الواردة فى أخذ الوديعة المشتملة على
↕

قوله «و لا تخن من خانك» أو «ان خانك فلا تخنه» و فى ثالث «هذه الخيانة» §المصدر رقم ٣ و ٧ و ١١
§ معارضة التباين، لصراحة رواية البقباق فى الرجحان، و صراحة أخبار النواهى فى المرجوحية على وجه لا مجال للحمل على الكراهة، و حينئذ فلو لا إعراض الأصحاب عن صحيحة البقباق، كان لا بد من اعمال قواعد التعارض بينهما، و حيث انه لا مرجح فى البين الا العمومات من جهة عدم تمامية البقية و عدم وجود الترجيح بمخالفة العامة أيضا فلا محيص فى مثل المقام عن الرجوع الى عمومات جواز التقاص.
و اما توهم موافقة النواهى أيضا لعمومات حرمة الخيانة، مدفوع بان عمومات الحرمة منصرفة عن مثل المقام، إذ الظاهر من الخيانة التصرف فى مال الغير بلا استحقاق و ولاية على الأخذ، و مع عموم اخبار التقاص لا يبقى موضوع للعمومات أصلا.
و من هذه الجهة أيضا ندعى ان المراد من الخيانة فى هذه الاخبار هى الخيانة الصورية المناسبة لحمل هذه النواهى على الكراهة، و لذا لا تكون بين هذه النواهى و الأخبار المجوزة معارضة أصلا، و انما المعارضة بين هذه النواهى الصريحة فى المرجوحية و صحيحة البقباق الصريحة فى الرجحان، و فى مثل هذه المعارضة لا مجال لمرجحية أخبار حرمة الخيانة للنواهى أصلا كما لا يخفى.
و من التأمل فيما ذكرنا ظهر ان فى علاج هذا التعارض لا يبقى مجال التشبث بقاعدة نفى الضرر إذ مثله لا يجرى فى غير الإلزاميات على التحقيق فى حملها على نفى الضرر بنفى منشئه لا نفى الموضوع الضررى.
نعم لو كانت المعارضة بين ما دل على حرمة الأخذ و جوازه أمكن اجراء حديث نفى الضرر فى الحرمة، فيبقى أدلة الجواز بلا معارض و ذلك أيضا بملاك حكومة لا ضرر على عموم أدلة التكاليف، لا بمناط المرجحية لعدم كون مثل هذا العام فى عرض
↕

سائر العمومات.
و حينئذ فما فى الجواهر من اعمال المرجحية فى عمومات نفى الضرر منظور فيه كما لا يخفى. و لكن الذى يسهل الخطب فى المقام عدم اعتناء المشهور برواية البقباق و ذلك مع كونها صحيحة يوجب و هنا فيها على وجه يسقطها عن الحجية فتبقى النواهى الظاهرة فى مطلق المرجوحية أولا أقل من الحمل على ذلك جمعا بينها و بين المجوزة خصوصا خبر ابن سليمان بلا معارض فى أصل المرجوحية كما لا يخفى هذا.

ثمَّ انه لا إشكال فى جواز التقاص من غير الجنس لرواية الأمة و الدابة §المصدر ص ٢٠٥ رقم ٩ و ص ٢٠٢ رقم ١.
§ و إطلاق بقية الروايات، و انما الكلام فى السلطنة على تبديله بالجنس فيقتص أم لا، قد يظهر من المحقق جوازه دفعا لمشقة التربص، و فيه ان هذا المقدار من التربص و الصبر الى ان يصل الى جنس ماله لازم على اى حال سواء اقتص من غير جنسه ثمَّ تبادل بجنسه أو يتبادل بجنسه فيقتص فحينئذ لا يفهم لهذا الوجه معنى محصل، كما ان ظاهر الاخبار أيضا مجرد جواز التقاص مما فى يده من عين ماله بلا تعرض فيها لنقله بشىء آخر مقدمة لتقاصه فحينئذ فاستفادة السلطنة على التبديل من اخبار التقاص دونه خرط القتاد.
و أيضا نقول: ان الظاهر من الروايات بإطلاقها عدم الفرق بين كون مال المذهوب به حين التقاص موجودا أم تالفا كما انه لا شبهة أيضا ان بالتقاص تفرغ ذمة المقتص منه. و انما الكلام فى ان العين الموجودة فى فرض كون المال المجحود عينا ينتقل الى الجاحد بالتقاص من ماله أو يبقى العين على ملكية المقاص و ان لم يكن له عهدة ضمان على المقاص منه، وجهان مبنيان على ان باب التقاص من قبيل المعاوضة و حقيقة التملك بالعوض أم من قبيل باب الوفاء بمرتبة من مراتب المال مع بقاء خصوصية
↕
ص: ١٦٦
العين فى ملكية المالك الأول بلا ضمان فى المالية و لازمه حينئذ ترتيب آثار وجوده من حرمة تصرف من بيده بدون رضاء صاحبه لا- آثار تلفه من ضمانه نظير ما قيل فى المال المأخوذ بدل الحيلولة بلا لزوم اجتماع العوض و المعوض فى مثل هذا الفرض أصلا، الأقوى هو الثانى لأنه المرتكز فى الذهن لا انه معاملة مستقلة و لا أقل من الشک فيبقى استصحاب بقاء ملكية شخص العين بحاله بعد عدم اقتضاء عموم لا ضرر أيضا شيئا فى أمثال المقام، و حينئذ فلو لا قيام إجماع على الانتقال كان فيما أفاده فى الجواهر مجال منع.
ثمَّ انه لو تلفت العين فى يد المقاص قبل تقاصه فان لم يكن المال وديعة عنده فالظاهر ضمانه لعموم على اليد. و توهم ان جواز أخذه له شرعا رافع للضمان، مدفوع إذ لا منافاة بينهما نظير ضمان المأخوذ بالسوم و أضعف منه احتمال كون يده يد من هو ولى فى أداء دينه من ماله فان الظاهر انه لا إشكال فى كونه يد امانة لا ضمان عليه فى تلفه، و مع هذا الاحتمال لا مجال للتمسک بالعموم المزبور لكونه من باب التمسک بالعام فى الشبهة المصداقية للجزم بخروج أيادى الأمانات عنه.
و وجه الضعف انه على فرض عدم جواز التمسک فى الشبهات المصداقية الناشئة عن الشبهة الحكمية، خصوصا فى المطلقات بالنسبة إلى مقيداتها، كانت أصالة عدم جعله وليا حاكمة على الاحتمال المزبور، و مدخلة للمورد تحت يد غير امانية مشمولا للعموم بتا، و لو كان المال عنده وديعة فقبل قصده التقاص، لا إشكال فى عدم ضمانه بتلفه، و اما بعده سواء قصد البيع بجنس ماله، بناء على فرض جوازه أم لا يقصد إلا التقاص من عين ما فى يده، فقد يقال فى المقام بعدم الضمان من جهة احتمال الولاية فتستصحب امانية يده فيحكم على عموم على اليد بالنسبة إلى المورد الذى شک فى مصداقيته للمخصص.
↕
ص: ١٦٧
و لكن يمكن ان يقال بأن الشک فيه مسبب عن الشک فى صيرورته وليا على التصرف فأصالة عدمها حاكمة على الأصل المزبور بعد الجزم بان ولايته السابقة على الحفظ انعدمت و استصحاب مطلق ولايته غير جار لأنه من باب استصحاب الكلى من القسم الثالث.
نعم لو قلنا بجواز التمسک بالمطلق فى صورة الشک فى مصداقية شىء للمقيد لا بأس بالرجوع الى العموم من دون كون المقام

مقام استصحاب حكم المخصص و لو لم نقل بعموم زمانى للعام، لأن إطلاقه الحالى يكفى فى التمسك به فى صورة الشك فى التقييد الزائد الوارد حين حدوث الفرد كما هو الشأن فى عموم الوفاء بالعقد بالنسبة إلى الخيارات الثابتة حين حدوثها كما لا يخفى، و لكن التمسك المزبور خصوصا فى المطلقات بمعزل عن التحقيق، و عليه فالعمدة فى أمثال المقام كون المرجع هو الأصل فإن أثبتنا به عدم الولاية كما فى الفرض الأول فنتشبث به و نحكم بإدخاله فى إقرار المحكوم بضمانه و إلا فيشكل الحكم بالضمان بمقتضى العموم المزبور.

فى دعوى الاملاك

(و لو ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له به مع عدم المنازع) بمعنى ترتيب آثار الاختصاص عليه، لا القضاء بمعنى فصل الخصومة و لو كانت متوهمة، الذى لازمه عدم سماع دعوى غيره عليه، بل مثل هذه الدعوى لا تثمر فى جعل مثله منكرا بعد وجود المعارض له، لان حجتيها ما دام يصدق عليها انها بلا معارض.

و من هنا ظهر أيضا انه لا تثمر يده إذا علم استنادها الى دعواه هذه، نعم لو كانت يده مستندة الى سبب آخر كانت موجبة لصيرورته منكرا فى دعوى الغير عليه.

↕

ص: ۱۶۸

و على أى حال قد يتمسك لحجية الدعوى بلا معارض بالرواية المعروفة §الوسائل ج ۱۸ ص ۲۰۰ باب ۱۷

§ المشتملة على قضية كيس واقع بين عشرة مع كون واحد منهم مدعيا له و البقية نافين عن أنفسهم.

و قد أورد عليه بأنه من الممكن كونه من باب سماع دعوى ذى اليد، حيث ان المال فى يد الجميع فنفى الباقين يلغى يدهم عن الاعتبار و تبقى بد المثبت باقية بحالها.

و لكن لا يخفى ما فيه، من انه لو فرض كون المال فى يد العشرة فمجرد إقرار البقية لا يلغى اليد عنهم موضوعا و إنما يلغى اعتبارها.

و بعد ذلك نقول: ان من الواضح كون يد كل واحد على تمام المال غير معقول، لأن حقيقة اليد ليست إلا عبارة عن الاستيلاء على المال خارجا، و مثل هذا المعنى لا يتصور بنحو الاستقلال بالنسبة إلى اثنين فضلا عن الأكثر، لأن استيلاء كل واحد مستقلا ملازم مع قدرته على منع الغير عن التصرف، و هذا المعنى لا يجامع مع قدرة الغير كذلك، فما هو معقول هو الاستيلاء القائم بكليهما بنحو يكون كل واحد مشمول هذا الاستيلاء ضمنا لا مستقلا، و من المعلوم ان مرجع هذا الاستيلاء الضمنى بحسب الاعتبار الى استيلاء كل واحد على النصف، و لازمه حينئذ فى مورد الفرض كون يد المدعى للمال على عشره لا على تمام المال فمقتضاه حينئذ كون الحكم بإعطاء التمام لا بملاك صرف اليد بل إعطاء البقية بملاك الدعوى بلا معارض.

و توهم ان ما أفيد إنما يرد على فرض كون اليد عبارة عن نفس الاستيلاء، و اما لو كانت عبارة عن الإضافة الخاصة المعهودة بين الجماعة فلا مانع من تصوير الأيدى التامة الاستقلالية بالنسبة إليهم و لذا لو لم تكن البقية نافين لكنا نحكم بالشركة بنفس هذه الإضافة الخاصة لا من جهة ما ذكر من الاستيلاء، كيف و هو مشكوك فى المورد لأنه من المحتمل عدم تحقق الاستيلاء إلا لبعض هذه الجماعة.

↕

ص: ۱۶۹

مـدفوع بأنه كيف تكون اليـد مجرد الإضافـة المزبورة مع أنا نرى ان اضافة المشترى الى ما فى الدكان من الأمتعة ليست بأقل من اضافـة المالك اليه، و الحال انه ليس ذا يـد بالنسبة إلى الأمتعـة الكائنـة فى الدكان إلا صاحبها بلا صدق يد للمشترى أصـلا مع أقربيـة المتاع اليه من المالك، فيكشف ذلك كشـفا جزميا بان المدار فى حقيقة اليد ليس مثل هذه الإضافة المحسوسة الخارجية بل تمام المناط هو الاستيلاء الذى كان ثابتا لصاحب الدكان دون غيره.

و اما مـا ذكر من انه لو لم ينف الباقون يحكم بالشـركة حتى مع الشك فى الاستيلاء الفعلى للجميع، فى غايـة المتانـة لكن ليس ذلـك من جهـة كون اليـد عبـارة عن نفس الإضافـة بل الظاهر ان الإضافـة المزبورة عنـد العقلاء طريق الى اليـد فما لم ينكشـف الخلاف بحكم بكون المال فى يد الجميع لا البعض بخلافه فى صورة كشف الخلاف.

و لـذا نقول بان فى فرض اضافـة المال إلى المشترى أيضا لو لم يحرز من الخارج كونه مشتريا بحكم بنفس هـذه الإضافة بكونه مشتركا بينهما، لا ان أحدهما أجنبى عن المال رأسا.

و بالجملـة بعـد فرض عـدم تصور الأيـدى المتعـددة على المال بنحو الاسـتقلال، فلا محيص فيما ذكر من الفرض عما ذكرنا من الإشكال.

فحينئذ فالأولى ان يقال: ان نفى البقية صار موجبا لكشف خروج المال عن تحت يدهم و كون نسـبتهم إليه كنسـبة المشترى الى متـاع الـدكان، بخلاـف المـدعى فـان نفس إضـافته حاكيـة عن يـده مسـتقلا فيكون رد المـال إليه أجمع بمناط قول ذى اليـد لا المـدعى بلاـ معـارض، و عليه فلا دليل على قبول هـذه الـدعوى إلا ما ذكرناه سابقا عنـد التعرض لها فى ذيل بيان الـدعاوى من السيرة عليه فى الجملة و تفصيله

↨

ص: ۱۷۰

موكول إلى المراجعة الى ما أسلفناه.

بقى فى المقام فرع آخر و هو انه لو انكسرت سفينة فى البحر ففى الرواية:

«ان ما أخرجه البحر فهو لأهله و ما اخرج بالغوص فهم أحق به» §الوسائل ج ۱۷ ص ۳۶۲ باب ۱۱ اللقطة رقم ۲

§ و احتمال إرجاع الضـمير الى مالكه الأول كما فى الجواهر فى غاية البعد انصافا، و عليه فحمل الرواية على القاعدة فرع دعوى ان المـال الواقع فى البحر بحكم التـالف على وجه يكون ذلـك مانعا عن ملكيـة صاحبه مع وجود مقتضـية بنحو يعتبر العقلاء من مثله مرتبـة ملـك ان يملك لو لا مانع عن تملكه بحيث لو ارتفع المانع لا يحتاج فى العود الى صاحبه بعـد خروجه من البحر الى تملك جديـد، بل خروجه بنفسه من البحر نظير الفسـخ فى العقود الـذى هو فى اعتبارهـم رافع للمانع و هو هنا الخروج الجديد و ان عوده الى الملك بعد حله و انعدامه انما هو بمقتضى الملكية السابقة لا انه مقتض له مستقلا.

و لئن شـئت قلت: ان وقوعه فى البحر و بعـد وصوله اليه كما يوجب كونه بمنزلـة التالف فى رفع علقـة الملكيـة كـذلك خروجه بنفسه منه معيد لها باقتضائها الاولى، و اما لو ملكه غيره بالغوص فهو بنفسه أيضا مانع عن الرجوع الى صاحب المال.

و لا يبعد مساعدة الاعتبار أيضا على ذلك بل يومى اليه أيضا التعبير فى الخبر فى الفقرة الأولى «اللّه أخرجه لهم» حيث ان الظاهر منه كون الامتنان فى إخراجه لهم لا فى تمليكهم إياه جديدا.

كما ان فى الفقرة الأخيرة عبر بأنه أحق، إذ مثله يشـعر بكونه من صغريات «من سبق الى شىء فهو أحق» الوارد فى المباحات التى كان الناس فيه شرع سواء، و لازمه كون المال بمنزلة التالف الخارج عن ملكية المالك على وجه لا يبقى لهم حتى حق

↨

ص: ۱۷۱

اختصاص قابل لترقيه إلى مرتبة الملكية، كيف و معه لا مجال لتملك الغير بالغوص، نظير عدم سلطنة احد على إثبات اليد على ما هو متعلق حق اختصاص الغير كما هو ظاهر.

فظهر مما ذكرنا ان وجه أحقية المالك له ليس من جهة بقاء حق اختصاصه بالمال الموجب لملكيته له بعد خروجه نظير بقاء حق الاختصاص فى الخمر القابل لصيرورتها خلا الموجب لصيرتها ملكا بعد ما تصير خلا، كما انه ليس وجه التفصيل بين المخرج بنفسه أو بالغوص كون المورد من صغريات خروج المال عن الملكية بالاعراض و دخوله فيه بالرجوع عن إعراضه قبل تملك الغير، و ذلك لان الظاهر من الرواية ان بنفس الخروج يدخل فى ملكه بلا احتياج الى رجوعه عن إعراضه السابق مع ان مجرد انقطاع يد المالك عن المال قهرا لا يقتضى تحقق الاعراض المحرج عن الملكية، بل الاعراض أمر قصدى لا بد من قصده المعلوم عدم خطوره ببال المالك فى المقام أصلا.

و أضعف من ذلك إدخال التفصيل المزبور فى صغريات الإباحة لما يأخذ نظير نثار العرس، إذ مثل ذلك المعنى أيضا فرع قصده اليه المعلوم عدم تحققه من المالك عند عبوره عن محل غرق فيه ماله، و بالجملة لا مجال لتطبيق مضمون الرواية على القاعدة إلا على ما ذكرنا. و لقد أشرنا الى ان اعتبار العرف أيضا مساعد لذلك بل و يمكن استفادته من الرواية أيضا كما لا يخفى و اللّه العالم هذا.

و قد تقدم الكلام مفصلا فى انه (يحكم على الغائب مع البينة و هو على حجته). (و) انه (يباع ماله فى الدين و لا يدفع) الى المدعى المقيم للبينة (إلا بكفيل) على ما استقصينا الكلام فيه.

(و لو تنازع اثنان فيما فى يدهما فلهما بالسوية) و يقضى بالإشاعة بينهما (و لكل) واحد منهما (إحلاف صاحبه) عند عدم البينة، و ذلك لما عرفت من ان مرجع يديهما

↕

ص: ۱۷۲

على تمام المال الى استيلاء كل واحد عليه ضمنا لا مستقلا، و لازم ذلك كشف مثل هذا الاستيلاء القائم بهما عن الملكية القائمة بهما على وجه يكون جميع ذرات العين تحت ملكيتهما بلا ميز فى متعلق الملكية بل و لا فى نفس الملكية أصلا. و مرجع مثل هذا الاعتبار الى اعتبار كون كل منهما مالكا للنصف المشاع.

و من هذا البيان اتضح حقيقة الملكية المشاعة عن المفروزة، من انه باختلاف الكيفية فى نفس الملكية لا فى المتعلق كى يستشكل أمره بأنه أى شىء يفرض من بعد فرض كون كل ما يتجزى منه مشاعا بينهما. و حينئذ فالقسمة عبارة عن جمع المنبسط فى نقطة خاصة، لا تبديل بعض متعلق المشاع ببعض آخر، و لا من قبيل تمييز المختلط عن غيره، و ذلك ظاهر واضح.

و بالجملة نقول بعد كون اليدين على التمام بالنحو المزبور بمنزلة يد كل على النصف فكل بالنسبة الى ما تحت يده منكر و مدع بالنسبة الى ما فى يد الغير، و لازم ذلك كون الحلف ميزان كل واحد بالنسبة الى نصف المال الذى تحت يده لإتمامه فإذا حلفا فلا بد من التنصيف بينهما بحكم الحاكم، و من هذا البيان اتضح فساد ما فى الجواهر، من جعل اليدين متعارضتين و عدم الانتهاء الى حلف لكونهما من قبيل التداعى، الذى لا منكر فى البين أصلا.

و يؤيده رواية مرسلة §الجواهر ج ۴۰ ص ۴۰۲ عن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۵۵

§ من ان النبى (ص) «جعلها بينهما» بلا تعرض فيه للحلف أصلا و لكن لا يخفى انه على فرض كون المقام من باب التداعى أيضا لا مجال للفصل بلا بينة فجعله (ص) بينهما يمكن أن يكون بمناط حجية يد كل على النصف لا بمناط فصل الخصومة و

حينئذ فالروايهٔ شاهد لنا لا علينا.

ثمّ لو فرض كون ظهور الروايهٔ فى مقام الفصل، فان كان له إطلاق من حيث عدم

↕

ص: ۱۷۳

الاحتياج الى الحلف فيؤخذ به و ترفع اليد عن القاعدهٔ و إلاـ فلا مجال للاكتفاء به بلا حلف، و لو قلنا بكونه من باب التداعى لاحتمال دخل التحالف من الطرفين فيه، و عليه فلاـ مجال للتفصيل بين الاحتمالين من حيث جريان الأصل و عدمه، إذ كون المقام من قبيل يد كل على النصف أو مما لا يد لأحدهما عليه لا يوجب فرقا من حيث الأصل المزبور عند عدم الإطلاق أو الإطلاق. فما فى الجواهر من التفرقهٔ بين الاحتمالين فى ذلك منظور فيه جدا.

ثمّ انه على المختار لو حلف كل منهما فلا شبههٔ فى انحلال حلف كل الى الحلف على كل واحد من النصفين، فيؤخذ بواحد من حلفى كل واحد و يلغى الآخر، لعدم كونه ميزانا. و ان حلف أحدهما و نكل الآخر، فان قلنا بالقضاء بالنكول فيعطى تمام المال للحالف نصفا بحلفه و نصفه الآخر بنكول خصمه، و ان لم نقل به و بنينا على رد الحاكم ففى الاكتفاء بالحلف الأول الصادر منه قبل الرد إشكال، لأنه حلف غير منكر و لاـ مردود، و لو كان حلفه على التمام بعد الرد، فلا بأس بالاكتفاء به بعد فرض انحلاله لكون كل منهما مستندا الى احد السببين و فى المسألهٔ لا يقتضى تعدد الأسباب تعدد الوجود خارجا بعد ما كان منحلا الى المتعدد اعتبارا، و حينئذ فالتحقيق ما ذهب اليه بعض المفصلين فى المقام من دون أن يرد عليه ما أورده فى الجواهر كما لا يخفى على من راجع و تأمل.

و لو نكل عن اليمين المردودهٔ فيقضى أيضا بينهما نصفين نصفا للحالف بحلفه و نصفا لغيره لنكول الحالف عن اليمين المردودهٔ، و لو نكلا كلاهما و لو بعد رد الحاكم الحلف الى كليهما فمقتضى القاعدهٔ أيضا الحكم بالتنصيف من جههٔ ميزانيهٔ كل واحد للحكم بالنصف لغيره و هو واضح ظاهر.

↕

ص: ۱۷۴

(و لو كان فى يد أحدهما فللمتشبث مع اليمين) لعموم البينهٔ على المدعى و اليمين على أنكر الذى يكون المورد من أظهر مصاديقه.

(و لو كان فى يد ثالث فهى لمن صدقه و للآخر إحلافه) من جههٔ اقتضاء مجموع الإقرار النافى عن نفسه و اليد النافى لغير المقر له كونه له فيكون المقر له بمنزلهٔ ذى اليد، يقدم قوله بيمينه.

و فى كفايهٔ توجيه الدعوى الى من بيده المال بعد تصديقه لغيره لطرفيهٔ المقر له فى هذه الخصومهٔ و عدمها وجهان، أظهرهما العدم، لأن توجيه الخصومهٔ الى كل منهما بلحاظ الجههٔ الملزمهٔ عليه، و حيث ان الملزم به فى كل منهما غير الملزم به فى غيره فلا بد ان تكون فى البين خصومتان، و مجرد وحدهٔ المدعى به من العين غير موجب لوحدهٔ الخصومهٔ بعد كون الغرض من هذه الدعوى على من كان بيده المال أخذ بدل الحيلولهٔ منه، و بالنسبهٔ إلى المقر له أخذ العين.

و لئن شئت قلت بان الدعوى بعد ما كانت من شؤون المطالبهٔ فكما ان المطالبهٔ من أحد ذى الأيادى لا تكفى عن مطالبهٔ الأخرى خصوصا بعد فرض اختلاف المطالب به من كل واحد، فكذلك دعواه التى كانت من شؤونها.

ثمّ ان أخذ العين من المقر له فهو و ليس بعده تحرير الخصومهٔ على المقر، و اما ان لم يأخذ و لو بحلفه فلا يسقط بحلفه حق مطالبته عن المقر كما عرفت نظيره فى بعض الفروع السابقهٔ فراجع، و ان أقر الحالف بعد حلفه و أخذ منه العين يرد الى المقر

بدله المأخوذ منه بواسطة المخاصمة معه و ذلك ظاهر واضح.

(و) كيف كان (فان صدقهما المقر) الذى بيده المال (تساويا) فى الحكم بالنصف (و لكل إحلاف صاحبه) و ذلك أيضا من جهة إلغاء اليد بالإقرار فى النفى عن المقر له. و فى الإثبات لنفسه مع بقائها على الأمارية على النفى بالنسبة إلى غيره، و

↕

ص: ۱۷۵

لازمه حينئذ أيضا كون كل منهما بمنزلة ذى اليد على النصف فكان المال حينئذ يكون فى يدهما.

و لقد تقدم ان مقتضى القاعدة الحكم بالتنصيف بعد حلفهما، لعدم ميزانية حلف كل واحد إلا بالنسبة الى ما كان منكرا فيه و المفروض ان ذلك ليس إلا النصف، فحينئذ ينصف بعد تحليفهما الى آخر ما ذكرنا فى الفرض السابق من كون المال فى يدهما.

و على اى حال بعد الحكم بالكل لنكول الخصم عن اليمين تسقط الدعوى عن المقر حتى بالنسبة إلى النصف المقربة للناكل بعد وصول العين.

و توهم ان اليمين المردودة بمنزلة الهبة الجديدة للحالف مذهبة لحق المدعى و آتية بحق جديد له كما توهمه كشف اللثام، ممنوع جدا، لأنه لا تكون اليمين المردودة مذهبة للحق، بل كانت مثبتة له نظير البينة لا انها مثبتة لحق جديد أيضا بعد إذهابها الحق الأول، فكم فرق حينئذ بينها و بين التملك بسبب جديد إذ فى التملك الجديد بعد الحلف ذهاب حق و احداث حق جديد، بخلافه فى اليمين المردودة بل و هذه الجهة هى عمدة منشأ الفرق الجارى حتى فى الهبة المجانية، لا ما أفاده فى الجواهر من كون التغريم لما كان فى المعاوضة الجديدة قبال العوض فلم يكن مثله مانعا عن الرجوع الى المقر بخلافه فى النكول عن اليمين، إذ لازمه عدم الرجوع فى صورة التملك بالهبة الجديدة و هو كما ترى.

(و) بالجملة (ان كذبهما أقرت) العين (فى يده) فعليه اليمين لهما، و ان نكل و قلنا بميزانيته للقضاء فكان نكوله واردا على حجية يده لنفسه، و ان بقيت على حجيتها على نفى ملكية غير المنكول له، و لازم ذلك كون المال بمنزلة ما لو أقر لأحد هما بلا تعيين و يجىء حكمه. و ان نفى عن نفسه و قال ليس لى أو لا اعرف صاحبها، ففى مثله

↕

ص: ۱۷۶

يلغى اليد عن الاعتبار نفيا و إثباتا فكان المدعيان فى المقام كما فيما لا يد لأحدهما عليه، فحينئذ ان قلنا بان توافقهما على نفى المال عن غيرهما دعوى بلا معارض فتسمع فكانت هذه الصورة من هذه الجهة مثل صورة إقراره لأحدهما، و إلا فلا مجال لانحصار الحق فيهما كى تكون القرعة منحصرة بينهما، و لا مجال أيضا للحكم بالتنصيف بينهما لقاعدة العدل و الانصاف و لا لمناط الوديعة و الودعى، لأنه فى مورد الانحصار، و لا جبر للقرعة أيضا فى هذه الصورة، بل لا بد من اجراء حكم مجهول المالك عليه.

و من هنا ظهر ما فى الجواهر من منعه جريان القرعة من جهة عدم الإشكال فى التنصيف إذ الكلام بعد فيه بعد عدم شمول الدعوى بلا معارض لمثل المقام.

و من العجب تمسكه للتنصيف فى بعض كلماته باقتضاء الدعوى لمثل ذلك إذ لا وجه لاقتضاء الدعوى شيئا أبدا كما لا يخفى فالأولى التمسك لمنع القرعة بضعف دليلها ليس الا.

نعم لو ثبت الانحصار فيهما فقد يتوهم جريان مناط القرعة عند تعارض البينتين و تساويهما فيما لا يد لأحدهما عليه فإنه حينئذ

يمكن ان يقال ان ملاك القرعة من جهة حجية البينة فى نفى الثالث و تساقطهما بالنسبة إليهما و حينئذ يلحق به كل مورد كان الأمر منحصرا بين الشخصين و لم يكن معين فى البين، و لكن ذلك أيضا لو لا تنقيح المناط فى الحكم بالتنصيف فى الوديعة و الودعى، و إلا فيقدم ذلك أيضا على القرعة من جهة نفى الاشكال فيه.

فحينئذ تختص القرعة بخصوص مورد تعارض البينتين المنصوصة فيه، نعم لو استشكل فى جريان المناطين فى المقام أيضا فى ظرف الانحصار بهما فمع احتمال الاشتراك بينهما فلا شبهة فى جريان قاعدة العدل و الانصاف فى الحكم بالتنصيف بينهما بعد فرض كون توقيف المال موجبا لصيرورته فى معرض التلف، و مع عدمه

↨

ص: ۱۷۷

فقد يشكل فى تقديم احتمال رفع الظلم فى أحد الطرفين بالنسبة إلى تمام المال مع القطع بلزوم الظلم بالنسبة الى احد الطرفين فى نصفه و ترجيح الثانى على الأول لا يخلو عن غموض بل لا يبعد حكم العقل بعد الجزم بعدم توقيف المال الذى هو فى معرض الزوال بالتخيير بينهما فتأمل.

ثمَّ انه ظهر مما ذكرنا حكم ما لو أقر لأحدهما و لم يعين، فان فى الرجوع الى القرعة مع جريان مناط الودعى فى المقام الحاكم على دليل القرعة إشكال و اللّه العالم.

(و لو تداعى الزوجان متاع البيت، قيل للرجل ما يصلح له، و للمرأة ما يصلح لها و ما يصلح لهما بينهما) عملا بالظاهر و سيأتى الكلام فيه و قيل: قضى لمن أقام البينة و حكى نفى الخلاف فى ذلك عن الرياض و ذلك ان تمَّ إجماعا فهو، و إلا فللنظر فيه مجال بعد فرض كون المتاع بينهما على نحو يحكم انه بيدهما لأن البينة إنما تسمع فى نصفه الذى كانت البينة بالنسبة إليه بينة الخارج، و مقتضاه مع اجتماع البينتين من الطرفين الحكم بالتنصيف حسبما مر الكلام فيما كان المال بيدهما، و لازم ذلك كون الوظيفة عند عدم البينة التحالف و التنصيف أيضا من دون فرق بين ما يختص بالرجال أو النساء، و بين كون الدار لهما أو لأحدهما، و بين كون الزوجية باقية أم زائلة.

و حكى ما ذكرناه من التحالف المستلزم للتنضيف عن الشيخ فى مبسوطه و العلامة فى قواعده و فخره فى شرحه.

ثمَّ ان ذلك كله أيضا فى صورة عدم إحراز استيلاء واحد منهما على المتاع كلا أو بعضا معينا من الخارج، و إلا فقد أشرنا سابقا أن مجرد اليد لا يكفى فى الحكم بكون المال فى يدهما كيف و حقيقة اليد عرفا هو نفس الاستيلاء الخارجى كما هو

↨

ص: ۱۷۸

ظاهر الرواية الآتية، و ان اضافة اليد خارجا ربما تكون امارة على هذا الاستيلاء و حينئذ فيحكم على من استولى على متاع بأنه ذا يد عليه و بينة صاحبه بينة الخارج.

هذا كله بمقتضى القواعد من دون فرق فيه أيضا بين سبق ملكية المتاع لأحدهما و عدمه، بناء على التحقيق من تقديم اليد الحالية على السابقة.

و لكن نسب الى المشهور كما عن المسالك بل عن الخلاف و السرائر دعوى الإجماع عليه بان ما يصلح للرجال كالمنطقة و العمامة و أمثالهما فللرجال، و ما يصلح للنساء كالمقنعة و أمثالها فللنساء، و ما يصلح لهما كالوسادة و أمثالها فيقسم بينهما.

و يدل عليه صحيح النخاس عن الصادق (ع) «إذا طلق الرجل امرأته و فى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء و ما يكون للرجال و النساء قسم بينهما» و فى الموثق «فى امرأة تموت قبل الرجل- الى قوله- ما كان من متاع النساء فهو للمرأة و ما كان من من متاع

الرجال و النساء فهو بينهما و من استولى على شيء منه فهو له» §الوسائل ج ١٧ ص ٥٢٥ باب ٨ ميراث الأزواج رقم ۴ و ٣ .§

و عن الشيخ فى استبصاره فتوى ثالثة و هى ان المتاع كلها للمرأة إلا ما علم انه للرجل أو أقيمت البينة عليه لرواية عبد الرحمن فى الصحيح المشتملة على قضاء ابن ابى ليلى بأربعة وجوه و فى ذيلها: فقال أبو عبد اللّه (ع) بالقضاء الأخير §المصدر رقم ١ ص ٥٢۴

§ من كون تمام المتاع للمرأة و فى خبر آخر مثله و فى ذيله: و المتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت الرجل فهى التى جائت به و هو المدعى فان زعم انه أحدث فيه شيئا فليأت بالبينة».

و لا يخفى أن ذيل الأخيرة و الأولى أيضا يقتضى اختصاص المرأة بما تأتيه من بيتها، و فى مثله ربما يكون الحكم على طبق القاعدة من استصحاب عنوان اليد فى الرجل

↨

ص: ١٧٩

من كونها يد مأذونة من مالكه، و لازمه حينئذ كونه مدعيا و وظيفته البينة، و مثل ذلك أخص مضمونا من ظاهر فتوى الشيخ، لو لا دعوى كونه على طبق مضمون الروايتين.

و عليه فما هو على خلاف القاعدة هو الرواية الأولى التى هى أشهر الروايات و أظهرها بين الأصحاب، لو لا تنزيلها أيضا على القاعدة بحمل ما يصلح للرجال على الغالب بكونهم مستولين عليه، و هكذا ما يصلح للنساء.

و يؤيده ما فى ذيل الموثق من قوله «و من استولى على شيء فهو له» الذى هو بمنزلة التعليل لما افاده من الحكم. كما ان إطلاق الفتاوى أيضا منزل عليه أيضا. و عليه فلا يكون للشيخ فتاوى مختلفة، بل فى كل مورد عبر بتعبير مخصوص، و لكنه خلاف الظاهر أيضا فكأنه شاهد لفهمه الإطلاق. و حينئذ ان تمَّ كون فهمه قرينة على الإطلاق فيؤخذ على خلاف القاعدة بعد اعراضهم عن الرواية الثانية، و إلا فلا مجال لرفع اليد عن القواعد بمثل هذه الاخبار انصافا.

و كيف كان فلو ادعى أبو الميتة أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره كلف بالبينة لأنها خلاف ظاهر يدها فى الملكية الظاهرية، و لكن فى خبر جعفر بن عيسى §الوسائل ج ١٨ ص ٣١٣ باب ٢٣ كيفية الحكم.

§ الفرق بين دعوى الأب الأب و غيره فيعطى بلا بينة دون غيره من أخ أو غيره. و ضعفه جماعة و ان صححه جماعة أخرى و ما كان هذا شأنه لا يصلح لان يرفع اليد عن القاعدة بمثله لعدم الوثوق بسنده، نعم على فرض تسليم السند لا مجال لما قيل فى دلالته بحمله على القاعدة من جهة ان المأتى به لما كان من جهة تمليك أبيها فمع الشك فيه يستصحب عدمه إذ هو خلاف المختار من تقديم اليد الفعلية على الاستصحاب فتدبر.

↨

ص: ١٨٠

تعارض البينتين

اشارة

(و لو تعارضت البينتان) فان قامت إحداهما على الملكية فى زمان و الأخرى على ملكية غيره فى هذا الزمان، سواء كان من جهة

إطلاقهما الشاملين لزمان واحد أو تصريح إحداهما بالتاريخ و إطلاق الأخرى أو تصريحهما بتاريخ الحدوث مقارنين أو مع تقدم تاريخ حدوث إحداهما على غيره فالظاهر ان الحكم فى الجميع بمقتضى القاعدة هو التساقط، لا الجمع بينهما بتقييد الإطلاق لعدم اقتضاء القاعدة الجمع المزبور فى الكلام الصادر عن الشخصين إذا لم يكونا من جهة عصمتهم بمنزلة شخص واحد كالائمة عليهم السلام، و لا الأخذ بأسبقهما تاريخا فى مقدار سبقه مع الالتزام بالتساقط فى غيره، لان ذلك انما يتم فى مورد لم تكن البينة الدالة على الأسبق دالة على الملازمة بين السبق و اللحوق، و إلا فلا مجال للتساقط فى بعض المدلول بملاك المعارضة و عدمها فى غيره و لو من جهة التبعيض سندا فضلا عن الدلالة لفرض دلالتها على عدم الانفكاك أيضا، و لازمه حينئذ كون معارضتها فى الملكية اللاحقة معارضة معها فى أصل المكية رأسا.

و من هنا ظهر حال البينة على التمام لشخص و على نصفه ببينة اخرى لغيره، إذ يجىء فيه التفصيل المزبور من حيث قابلية البينة للتفكيك بين النصفين و لو من حيث

↕

ص: ١٨١

السند و عدمه، فإنه يؤخذ فى النصف الآخر فى الأول دون الأخير.

بل ذلك أيضا لا بملاك الميزانية عند عدم المعارض فى النصف لما عرفت من انها فرع قيامها فى مورد الخصومة، و الا فهى متبعة من حجيتها لا ميزانيتها كما هو ظاهر و سيأتى الإشارة إليه فى بعض الفروع الآتية فانتظر.

و أيضا لا مجال للجمع بين البينتين بالتبعيض فى المدلول من حيث التنصيف و أمثاله ذلك لان البينة على التمام بعد اقتضائها ملكية كل جزء جزء كانت البينتان متعارضتين، و لا مجال فى مثله للجمع بينهما بالتنصيف حتى لو كان الخبران من شخص واحد فضلا عن الشخصين، كما انه لو أدت البينتان على الملكية الواقعية من جهة اليد أو الاستصحاب بناء على جواز الشهادة على الواقع بمقتضى كل واحد منهما، فلا وجه لتقديم ما كان مستندها الوجدان على ما كان مستندها التصرف أو اليد أو الأصل بنحو الإطلاق إذ من المعلوم ان دليل البينة بالنسبة إلى كلتيهما على السوية بعد احتمال مطابقة إحداهما للواقع.

و توهم ان تقديم البينة على نفس الأصل الذى هو مدرك الآخر يقتضى تقديمها على مقتضاه، مدفوع غاية الدفع، لان ما هو مقدم على الأصل انما هو البينة القائمة على المتشبث به و المفروض ان المتشبث بالأصل ربما لا تكون البينة الأخرى فى حقه حجة لعلمه بفسقها مثلا، و من كانت حجة عنده هو الحاكم الذى تكون البينتان من حيث المطابقة للواقع عنده سيان.

نعم لو فرض حجيتها لدى الشاهدين المستندين الى الأصل فى شهادتهما بحيث لو التفتا إليهما لم يشهدا أمكن فى هذه الصورة ترجيح غيره إذ مثل هذا يكشف عن فساد مدرك الشهادة حتى عند نفسه، و فى مثله أمكن دعوى انصراف دليل الحجية عنه، و هذه بخلاف الصورة الأولى التى لا يكون المدرك فاسدا حتى عند غيره فى

↕

ص: ١٨٢

فرض بنائه على جواز الشهادة على طبق الأصل، نعم لو لم يكن بناء الحاكم على ذلك مع كون بناء الشاهد على الجواز، ففيه أيضا إشكال من جهة كونه من صغريات ما إذا فرض فساد مدرك الشاهد عند الحاكم و صحته عند الشاهد، إذ فى شمول عموم دليل البينة لمثله اشكال و على فرض العموم يلحق بالأول.

و على أى حال فما فى بعض الكلمات من تقديم الشاهد المستند الى الوجدان على المستند الى الأصل بنحو الإطلاق لا يخلو عن اشكال، نعم لو صرح الشاهد بالملكية بمقتضى الاستصحاب لديه أو بالملكية الظاهرية، لا مجال لسماع مثله منه أصلا و لو

لم تكن فى البين معارضة، لان من المعلوم ان الملكية الظاهرية و الاستصحابية إنما تكون موضوع الأثر عند من كان محكوما بها دون غيره الذى لا يكون كذلك إذ كان الاستصحاب متحققا فى حقه، نعم لو كان فى مورد تكون الملكية الظاهرية عند غيره موضوع الحكم لديه، لا بأس بسماع مثله لترتيب الأثر المزبور على طبقه.
و من هنا ظهر أيضا انه لا وجه لسماع الشهادة على علمه بالملكية، إذ مثله لا يكون موضوع اثر للسماع غالبا، ففى مثل هذه المقامات لا مجال لمعارضة البينتين كى يطلق الترجيح على تقديم ما قامت على الملكية الواقعية و ان كان مدركها الأصل بناء على الاكتفاء بصحة المدرك حتى عند الشاهد.
و عليه فصح لنا ان ندعى بأن مقتضى القاعدة فى فرض تعارض الشهود هو التساقط مطلقا إلا مع كشف الشهادة عن فساد المدرك عند شهود الأخر و لو على فرض التفاتهم إليه فإنه حينئذ يقدم الآخر لأنه لا معارض له حقيقة. هذا كله الكلام فى مقتضى القاعدة فى باب الشهادة.
و يبقى الكلام فى مطلب آخر، و هو ان من المعلوم المقرران ان مجرد دليل حجية البينة بنحو الإطلاق لا بلازم ميزانيتها للفصل بعد عموم البينة على المدعى و

↕

ص: ۱۸۳

اليمين على من أنكر الظاهر فى التفصيل القاطع للشركة، و إنما الكلام و الاشكال فى مقام آخر و هو انه هل دليل الميزان ناظر الى ما ثبتت فعلية حجيته من الخارج أم لا نظر له إلا الى إثبات الميزانية و الحجية بنفس هذا البيان مع قطع النظر عن الخارج فان قلنا بالأول فلازم ذلك عند تعارض بينة الداخل و الخارج عدم وجود ميزان فى البين حسب القاعدة، إذ بعد اقتضاء القاعدة السابقة تساقطهما، فلا تكون فى البين حجة كى تكون ميزانا للمدعى فلا جرم يحتاج تقديم بينة الخارج أو الداخل الى مرجح بنص مخصوص منصوص، و إلا فمثل هذا العموم بل و ما فى رواية منصور الآتية غير مثمر حسب ما ذكرنا من المبنى و أما إن قلنا بالثانى فلا بأس بعموم دليل الميزان فى فرض التعارض المذكور و الحكم بتقديم بينة الخارج، لأنه المدعى.
و حيث كان الأمر كذلك نقول: ان مقتضى التحقيق هو الأخير، لأن موضوعية البينة لعموم دليل الميزان و الحجية فى مقام الفصل فى عرض موضوعيتها لعموم الحجية لكل أحد، و حينئذ فسقوط عموم الحجية بالتعارض لا يقتضى سقوط دليل الميزانية كما هو ظاهر، و عليه فالقاعدة تقتضى فى جميع المقامات تقديم بينة الخارج على الداخل، نعم ربما يتعارضان فى مقام الفصل أيضا إذا كانت البينة من الطرفين بينة خارج و ميزان فصل كما سيتضح الحال فى فروع التداعى ان شاء اللّه.
و عليه فلو كان المال فى يدهما و أقام كل منهما البينة، فمقتضى ما ذكرناه هو الأخذ بالبينة فى كل واحد من الطرفين بمقدار من مؤداها الذى كانت البينة بالإضافة إليه بينة خارج و هو النصف، لما أسلفنا من ان يد الشخصين على تمام المال بمنزلة يد كل واحد على النصف كما هو المشهور المعروف.
نعم مقتضى مختار الجواهر من تساقط اليدين فى فرض كون البينتين أيضا متعارضتين لا مجال له حينئذ للمصير الى التنصيف إلا من جهة الاخبار الخاصة الآتية

↕

ص: ۱۸۴

أو من جهة اقتضاء اليد بينهما بالأخذ بكل منهما فى نصفه، و لكن لا يخفى ما فى الأخير لما تقدم وجهه و الأول و ان كان صحيحا لكنه لو لا معارضته مع رواية إسحاق §الوسائل باب ۱۲ من كيفية الحكم ج ۱۸ ص ۱۸۲ رقم ۲

§ الصريحة فى اعتبار التحالف منهما فى الحكم بالتنصيف المزبور، إذ مقتضى هذه الرواية عدم كون كل من البينتين فى المقام حجة و ميزانا، و انما الميزان هو الحلف، فمع صدور الحلف منهما ينصف بينهما، و مثل هذه الرواية على فرض تسليم قوة إطلاق الأخر يباينه فضلا عما لو لم نقل بقوة الإطلاق إذ لا بأس بتقييده بما بعد التحالف.

نعم الذى يسهل الخطب فى أمر هذه الرواية عدم اعتناء المشهور بها فلا مجال للأخذ بسندها.

و على أى حال فمقتضى التحقيق فى مثل هذا الفرض هو التنصيف خصوصا على المختار من عدم حجية البينة فى مقام الميزانية من غير المدعى كما لا يخفى، إذ حينئذ ما فى المرسلة المجبورة بالعمل من الحكم بالتنصيف فى الفرض يكون على القاعدة، بل من الممكن حينئذ كون طرحهم رواية إسحاق من جهة ترجيح هذه المرسلة عليها بموافقة عموم السنة لا من جهة ضعف السند فتأمل.

اللهم إلا أن يقال: إن حجيتها فى نفسها كافية فى صدق المعارضة، فتخرج بالنسبة إلى التنصيف أيضا عن الميزانية و حينئذ فلا محيص من أن تحمل اخبار التنصيف على صورة حلفهما أو على الحكم به من باب المصالحة الحكمية بلا كفايته فى فصل الخصومة.

ثمّ ان مقتضى هذه المرسلة حسب ما فيها من التفصيل بين كون المال فى يديهما فالتنصيف و بين ما لا يد لأحدهما فالقرعة مع فرض التسوية التى لازمها بمفهومها الترجيح بينهما عند عدم الاعتدال و بين ما لو كان بيد أحدهما فالحكم لغير من بيده المال، تخصيص

↨

ص: ١٨٥

لما دل بإطلاقه على الأخذ بالقرعة أو الأكثر عددا أو الأرجح عدالة، بصورة ما لا يد لأحد عليه فلا يكاد يشمل جريان مثلها فى المقام، و لأقل من معارضة مطلقاتها مع مطلقات التنصيف الواردة فى الباب مثل رواية تميم بنحو التباين الموجب لترجيح هذه المطلقات فى المقام بعموم السنة الجارية فى أمثال المقام أو غيره مما لا يكون من موارد تعارض البينتين كما لا يخفى.

و لو لم يكن فى يد أحدهما بل و لا فى يد ثالث فعن المصنف الحكم بالتنصيف فيه أيضا لا لعموم البينة كى يقتضى تساقطهما فى مقام الفصل و لا الجمع بينهما بالتنصيف بل من جهة إطلاق ما دل على التنصيف بعد خروج ما خرج.

أقول ما أفيد كذلك لو لا المرسلة المجبورة المشار إليها سابقا الدالة على إخراج مطلق ما لا يد لأحد عليه، و لازمها اجراء حكم التعارض عليه من القرعة مع التساوى و الترجيح بالأكثرية أو إلا عدلية مع الاختلاف و حينئذ لا وجه لتخصيص الخارج بخصوص صورة كون المال بيد ثالث الا بعدم الاعتناء بالمرسلة المزبورة مع فرض اختصاص البقية بصورة كونه بيد ثالث، و كلا الأمرين كما ترى، إذ فى مثل أخبار القرعة أيضا مثل هذا الإطلاق الشامل لما لا يد لأحدهما عليه.

و بالجملة لا مجال للتخصيص المزبور بعد إطلاق المخصص. و ما يتراءى عن المحقق فى شرائعه أيضا من تخصيص الفرض الثالث بصورة كون المال فى يد الثالث أيضا منظور فيه، و كيف كان نقول إن مقتضى التحقيق كون حكم هذه الصورة حكم الصورة الآتية فى كلامه من كون المال فى يد ثالث فانتظر لتمام الكلام فيه.

و لو كان المال فى يد أحدهما قضى للخارج على المشهور، بمقتضى القاعدة على تأمل أشرنا إلى وجهه سابقا فراجع، مضافا الى رواية منصور §الوسائل ج ١٨ ص ١٨٦ باب ١٢ كيفية الحكم رقم ١۴.

§.

و ما يعارضها من مثل رواية غياث بن إبراهيم §المصدر ص ١٨٢ رقم ٣

§ الصريحة فى تقديم بينة

↨

ص: ١٨٦

الداخل، و كذا رواية جابر §سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٥٦

§، و كذا رواية أبى بصير §الوسائل ج ١٨ ص ١٨١ باب ١٢ كيفية الحكم رقم ١

§ المشتملة على ترجيح الأكثر عددا فيستحلفه. و رواية عبد اللّه بن سنان §المصدر ص ١٨٦ رقم ١٥

§ المرجحة للبينة المثبتة للنتاج.

مطروح إما لإعراض المشهور، أو لترجيح رواية منصور بعد فرض تباين الجميع دلالة بموافقة السنة و ذلك أيضا لو لا إطلاقها لصورة تشبث ذى اليد بالسبب و إلا فيقيد مثلها برواية منصور.

و توهم أن رواية منصور أعم من رواية أبى بصير المشتملة على الأخذ بأكثرهم بينة فيستحلف، مدفوع بان اشتمال رواية أبى بصير للاستحلاف يكشف عن دلالتها على عدم ميزانية البينة و لو كان أكثر و يدل بالفحوى على عدم ميزانيتها حتى مع المساواة، و حينئذ لا مجال لتقييد خبر منصور بغير صورة الأكثرية لأنه مناف لفحوى رواية أبى بصير، و لذلك نقول: ان فى أصل الدلالة على ميزانية البينة فى المورد بينهما المباينة فلا بد حينئذ من الترجيح بينهما بعموم السنة لما عرفت.

ثمّ ان مورد جميع الروايات حتى رواية منصور بعد ما كان فى صورة ذكر البينة سبب الملكية لا يبقى مجال التفصيل بين صور تشبث البينة بذكر السبب فيها و عدمه فما حكى عن الشيخ فى كتابى الاخبار من التفصيل المزبور، منظور فيه.

ثمّ ان ذلك كله فيما لم يكن المتخاصمان متشبثين بالسبب. فلو تشبثا به أو تشبث خصوص ذى اليد منهما فيمكن أن يقال إن مقتضى القاعدة صيرورة ذى اليد مدعيا و ذلك لعدم كون اليد أمارة خصوصية فى الملكية المدعى بها، بل غاية الأمر كونه

↨

ص: ١٨٧

امارة نفس الملكية. فالخصوصية كانت على خلاف الأصل فيكون القائل بها مدعيا.

بل لو ادعى الانتقال من طرفه كان خصمه بمقتضى إقراره منكرا أولا أقل من كونه بالنسبة إلى الملكية السابقة مدعيا بلا معارض بضميمة استصحاب بقاء ملكيته، و عليه ففى الفرض الأخير لا اشكال فيه لجريان القاعدة و خبر منصور فى مثله، و لازم ذلك سماع بينته لا بينة المدعى المتشبث بالسبب، و اما لو لم يدع الانتقال من خصمه بل تعرض للسبب بغير هذا الوجه، فلا يكون المورد حينئذ مشمول قاعدة تقديم بينة الخارج و لا مشمول خبر منصور، و حينئذ يبقى الكلام فى بقية الأخبار.

فإن قلنا بظهورها فى صورة عدم تشبث ذى اليد بالسبب فلا يشمل مثلها للمقام، فالمرجع فى مثله حينئذ قاعدة تساقط البينتين و عموم اخبار التنصيف لو لم نقل بجريان مناط اخبار ما لا يد لأحدهما فى المقام، و إلا فيرجع الى القرعة فى فرض التساوى و الترجيح بالأكثرية و الأعدلية عند التفاوت.

و لو قلنا بإطلاقها فإنه بعد تخصيص صور عدم ذكر السبب بخبر منصور تقع المعارضة بين البقية بنحو التباين و لازمه مع عدم الترجيح الرجوع الى التخيير، لا الأخذ برواية أبى بصير المشتملة على الأخذ بالأكثر عددا من جهة ترجيحها ببقية ما دل بعمومه على الأخذ أو القرعة، لأن ظاهر ما دل على الأخذ بالأكثر على فرض شمولها للمقام كون البينة مرجعا فى الفصل لا فى تمييز المدعى من المنكر فلا موافقة بينهما كى يرجح رواية أبى بصير بها.

و على أى حال لا مجال لما أفاده العلامة المصنف- قدس سره- بقوله (إلا ان تشهد بينة المتشبث بالسبب. و لو أقامها كل منهما

على السبب فللمتشبث و يحلف فى الصورتين) §هذا على خلاف ما فى النسخ المطبوعة و المخطوطة من التبصرة التى فيها «و لو شهدتا بالسبب فللخارج. و لو تشبثا قضى لكل بما فى يد صاحبه فيكون بينهما بالسوية».§ و ذلك لأنه لو أريد به ما هو ظاهره من التفصيل بين تعرض الشاهد

↥

ص: ۱۸۸

بالسبب و عدمه كى يرجع الى ما أفاده المحقق فى شرائعه حاكيا عن الشيخ، فلقد عرفت ضعفه، و ان أريد به صورة تعرض المتخاصمين للسبب عند تحرير خصومتهما، فلقد عرفت ان مقتضى الصناعة إما التنصيف أو إعمال قواعد التعارض الآتى فيما لا يد لأحدهما عليه أو التخيير بين الأخذ برواية غياث أو خبر ابى بصير أو خبر الأخذ بالنتاج، و على أى حال لا وجه لما أفيد و اللّه العالم فتأمل فى المقام فإنه من مزال الأقدام.

(و لو كان فى يد ثالث قضى للأعدل فالأكثر عددا) و ذلك لمفهوم خبر عبد الرحمن عنه (ع) قال: كان على (ع) إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء و عددهم سواء أقرع بينهم على أيهما تصير اليمين §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۸۳ رقم ۵ باب ۱۲ كيفية الحكم

§ بعد تقييد إطلاقه بالمرسلة المفصلة بين ما لو كان فى يد أحدهما أو يدهما أو لا يد لواحد منهما، بحمله على صورة لا يد لواحد منهما، و ظاهر المفهوم عدم الاحتياج فى القضاء إلى القرعة بل يقضى بنفس أكثرهما بينة أو عدالة.

و توهم ان منطوقه الاحتياج عند التساوى إلى القرعة و اليمين، و المفهوم عدم الاحتياج الى كليهما فلا ينفى الاحتياج إلى أحدهما، مدفوع بان سوق المنطوق هو عدم ميزانية البينة رأسا للتساقط، و الاحتياج إلى القرعة فى تمييز المدعى عن المنكر كى يترتب عليه الوظيفة، و مفهوم هذا البيان ليس إلا ميزانية أكثرهم عددا أو بملاك الترجيح. هذا مضافا الى ان فى موثقة سماعة بمقتضى منطوقه الاحتياج عند التسوية بصرف القرعة فى القضاء، و مفهومه عدم الاحتياج عند الأكثر عددا إليها فى القضاء و مجرد تقييد المنطوق بالدليل المنفصل ببعد اليمين لا يرفع ظهوره فى طرف المفهوم فى عدم الاحتياج فيأخذ به.

↥

ص: ۱۸۹

و أما ما فى خبر أبى بصير من الاستحلاف بعد الأخذ بأكثرهم بينة فهو لا يصلح لتقييد مثل هذا الإطلاق حتى فيما لا يد لأحدهما عليه، بل هذه الفقرة إنما كانت مصدرة بصورة كون المال فى يد أحدهما و لقد عرفت انه فى مورده مبتلى بمعارضات شتى فكيف يصلح لتقييد مثل هذه المطلقات بالنسبة إلى مورد لا يد لأحدهما و بالجملة لا بأس بالأخذ بإطلاق هذه الروايات و يحكم بميزانية ذات المرجح من البينتين.

و من التأمل فيما ذكرنا ظهر ما فى كلمات الجواهر من التزامه بالاحتياج الى الحلف مع وجود المرجح و أعجب منه نسبته الى ظاهر الأصحاب و حمل إطلاق كلماتهم و عدم تعرضهم لليمين على وضوح اعتباره لديهم.

ثمَّ لا يتوهم أيضا معارضة هذه المطلقات بخير غياث بالتنصيف الوارد فيما لا يد لأحدهما خاصة من جهة كون النسبة بينهما عموما من وجه لأعمية خبر التنصيف من حيث الأكثرية و الأعدلية و أخصيته منها من حيث كونه فيما لا يد لو احد منهما أو يدهما لأنه يقال: انه يكفى فى وجه الجمع بينهما ما فى المرسلة عن أمير المؤمنين (ع) فى البينتين تختلفان فى الشىء الواحد يدعيه الرجلان، انه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينة كل واحد منهما و ليس فى أيديهما، فاما ان كان فى أيديهما فهو فى ما بينهما نصفان و ان كان فى يد أحدهما فالبينة فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه §مستدرك الوسائل باب ۱۰ كيفية الحكم

رقم ١.

§ و ضعفها منجبر بشهرة العمل. و لا يخفى ان لازمه تقييد إطلاقات القرعة بصورة تسوية البينتين عددا و عدالة فى مورد لا يد لأحدهما عليه كما ان إطلاق بعضها من حيث القضاء بالقرعة بلا تعرضه لليمين مخصصة برواية البصرى.

ثمّ ان فى رواية البصرى تقديم أكثرهم عدالة على أكثرهم عددا بحسب الذكر و فى اقتضاء هذا المقدار تقديمه على الأكثرية عددا من حيث الترجيح رتبة اشكال،

↕

ص: ١٩٠

و مقتضى إطلاق موثقة سماعة هو الاكتفاء بالأكثر و القدر المتيقن من التصرف فيه هو رفع اليد عن تعينه عند وجود الأعدل، و أما الزائد منه المستلزم لعدم مرجحيته أصلا مع وجود الأعدل فلا دليل عليه، و لازمه حينئذ التخيير بينهما، و عليه فلو فرض وجود الأعدلية فى طرف و العدد فى آخر فمقتضى إطلاق الأكثرية عددا بعد الجزم بعدم احتمال تعينه دون الأعدل التساقط و الرجوع فى مثله إلى إطلاق دليل القرعة بناء على شمول الاعتدال لمثله، و لكن ظاهر الأصحاب خلافه، بل نظرهم الى تقديم الأعدلية فإن كان ذلك إجماعا منهم فهو و إلا فللنظر فيه بحسب الصناعة مجال و اللّه العالم.

ثمّ ان مقتضى الجمع بين إطلاق خبر غياث و إطلاقات الأخذ بالأكثرية بشهادة المرسلة الدالة على تقييد كل واحد فى مورد غير مورد الآخر ليس إلا إدخال صورة لا يد لأحدهما مع التساوى فى أخبار القرعة و لازمه الاقتصار بمقدار دلالتهما على خلافه و هو فرض إقدامهما على الحلف بعد القرعة و أما مع نكولهما عنه فيبقى تحت إطلاقات التنصيف، و عليه فيستخرج من ملاحظة جميع ما ذكرنا ما افاده المحقق فى الشرائع من القرعة و الحلف مع تساوى البينتين و الأخذ بالأكثر عددا أو عدالة عند اختلافهما فيما لا يد لأحدهما، و التنصيف مع نكولهما عنه. بواسطة ذلك كله أيضا ترفع اليد عما دل على الأخذ بنكول المدعى الذى هو فى المقام من لم تخرج القرعة باسمه، إذ مثل هذه العمومات أعم موردا من أخبار التنصيف قطعا، لو لم نقل باختصاصها بصورة عدم وجود البينة فى البين أصلا و اللّه العالم.

كما انه ظهر أيضا وجه ما فى كلام المصنف كالمحقق فى تقديم الأعدلية على الأكثرية فيما لو اختلفا بان يكون أحدهما أعدل و الآخر أكثر عددا ففى الترجيح بالأعدلية و الأكثرية اشكال، كظهور وجه قوله (و ان تساويا أقرع فيحلف من يخرج اسمه فان امتنع) عن الحلف و الرد (أحلف الآخر فان امتناعا قسم بينهما) على اشكال فى التنصيف.

و وجه الاشكال، اقتضاء المرسلة التى هى شاهد الجمع بين إطلاقات التنصيف

↕

ص: ١٩١

و إطلاقات القرعة و الترجيح، حمل كل على مورد غير مورد الآخر و لازمه تخصيص التنصيف بمقتضى المرسلة بما إذا كان فى يدهما، و إدخال ما لا يد لأحدهما عليه فى القرعة و بعد ذا لا تبقى حجية لظهور اخبار التنصيف بالنسبة الى ما لا يد لأحدهما كى يحكم بالتنصيف عند امتناعهما.

و لكن فيه أن اقتضاء المرسلة إدخال ما لا يد لأحدهما فى القرعة إنما يقتصر فيه بمقدار مضادته مع إطلاق التنصيف، و ذلك انما هو فى صورة إقدامهما على الحلف و اما مع امتناعهما عنه فيبقى تحت إطلاق أخبار التنصيف بتا. و اللّه العالم.

↕

ص: ١٩٢

خاتمهٔ للمقصد

اشارهٔ

بقی فی المقام فروع لم یتعرض لها المصنف و لا یخلو إیرادها عن فائدهٔ.

من جملتها

: انه قال فی الشرائع و یتحقق التعارض بین الشاهدین، و الشاهد و الامرأتین و لا یتحقق بین الشاهدین و شاهد و یمین. انتهی، و وجه فی الجواهر الفرق بینهما بصدق البینهٔ علی الأول دون الأخیر، غایهٔ الأمر یقوم مقامهما فی المیزانیهٔ فی الجملهٔ لا فی مطلق الآثار.

أقول: ما أفید انما یتم لو کان نظر المحقق فیما أفاد إلی منع ترتیب ما تقدم من الآثار من الأخذ بالأکثر و الأعدل و الرجوع الی القرعهٔ مع التساوی و لکن ذلک خلاف ما افاده بعد ذلک بقوله: فیقضی بالشاهدین بل و الشاهد و الامرأتین دون الشاهد و الیمین، إذ ظاهر ذلک منع تحقق أصل المعارضهٔ لا منع تحقق أحکامها المزبورهٔ.

و علیه فیرد علیه بان مجرد عدم صدق البینهٔ علی الشاهد و الیمین لا یقتضی عدم المعارضهٔ بعد إطلاق دلیله فی الأموال، بل حینئذ ربما یکون الشاهد و الیمین مقدما علی الشاهدین فی فرض کونهما من جانب خارج الید، لأنه وظیفهٔ المدعی فی مقام الفصل بلا صلاحیهٔ الشاهدین من قبل ذی الید للمیزانیهٔ أصلا.

↨

ص: ۱۹۳

کما انه لا بأس بالأخذ بکلیهما فیما لو کان المال بیدهما، إذ کل منهما من حیث کونه من الخارج حجهٔ، غایته یحکم بالتبعیض من حیث السند بمقدار اقتضاء یده علی المال کما هو ظاهر.

و حینئذ فالتحقیق فی صورهٔ کون المال فی ید ثالث غیر مقر لأحدهما معینا أو لا ید لأحد علیه الحکم بالتساقط بالتعارض بین الشاهدین و الشاهد و الیمین، علی ما هو التحقیق من کون الأخیر أیضا میزانا مستقلا للمدعی قبال البینهٔ و الیمین، نعم لو بنینا علی أن ضم الیمین بملاحظهٔ صیرورهٔ طرفه متقوما بالشاهد الواحد فیصیر منکرا فوظیفته الیمین کان لما افاده وجه، لأن البینهٔ الصادرهٔ من المدعی مقدمهٔ فی السماع علی غیرها لأن وظیفهٔ المدعی مقدمهٔ علی وظیفهٔ المنکر، و لکنه مجرد تحکم کیف و ظاهر دلیله کونه من وظائف المدعی فی عرض الشاهدین، غایهٔ الأمر فی خصوص الأموال لا مطلقا، و لا أقل من الشک فی ذلک، فیکفی فی المعارضهٔ حینئذ مجرد إطلاق دلیله من دون شمول دلیل ترتب یمین المنکر علی بینهٔ المدعی لمثله کما هو ظاهر.

و علیه فمقتضی القاعدهٔ صیرورهٔ المورد بلا میزان، و فی مثله یمکن المصیر الی عموم «القرعهٔ لکل أمر مشکل» فیقرع فی مقام تمییز المدعی عن المنکر، لا من جههٔ میزانیتها للفصل. فأی واحد خرجت القرعهٔ باسمه کانت وظیفته الیمین، و ان نکلا فیحکم بنکول المدعی لو لم نقل بمیزانیهٔ نکول المنکر لعموم دلیله بعد فرض اختصاص اخبار التنصیف لغیر المقام و هو فرض تعارض البینتین کما لا یخفی.

و لعل نظر الشیخ فی حکمه بالرجوع إلی القرعهٔ أیضا الی ما ذکرنا لا الی الاخبار المتقدمهٔ المختصهٔ بمورد تعارض البینتین

المنصرف عن المورد.

و لكن ذلك لو لا التزامه فى فرض امتناعهما عن اليمين بالتنصيف فراجع كلامه ترى حقيقة مرامه.

↨

ص: ۱۹۴

ثمَّ اعلم ان فى كل مورد قضينا بالتنصيف فإنما هو فى مورد يمكن فرض الاشتراك فيه و يصح التبعيض من جهته، و اما فيما لا يمكن فيه ذلك مثل دعوى الزوجية، ففى الجواهر انه يحكم بالقرعة كما نص عليه فى مرسلة داود من الرجوع إليها عند تساوى البينة من الطرفين، و ظاهرها كسوق سائر الأخبار كون القرعة ميزان تحصيل المنكر لا الفصل و لازمه الاحتياج الى الحلف، و مع امتناعهما عن الحلف يحكم على طبق نكول المدعى على المختار، و ذلك أيضا لو لا منع شمول دليل الحكم بنكول المدعى عن اليمين المردودة لمثل المقام من فرض تعارض البينتين، و إلا فيبقى المورد بلا ميزان و ان يحكم بالزوجية لمن خرج اسمه بالقرعة بملاك حجيتها لا فصلا بينهما.

و منها

اشارة

: انه قال فى الشرائع بأن الشهادة بقدم الملك اولى من الشهادة بالحادث و لعل عمدة الوجه فيه ما فى الرواية المتقدمة من ترجيح الشهادة بالنتاج على الشهادة بالشراء و إلا فتوهم تساقط البينتين فى الملك الفعلى و بقاء البينة على الملكية السابقة بلا معارض فيشمله عموم دليلها المقتضى للتبعيض فى سندها لا دلالتها، مدفوع جزما بالنسبة إلى صورة كون الشهادة بالملكية القديمة بسبب يقتضى ملكيته الحالية، إذ حينئذ كانت البينة الحالية معارضة لها فى أصل الملكية لطرفه من الأول فيتساقطان مع أن غاية ما يلزم كون المال بمقتضى حجية البينة محكوما فى الأمس بملكيته له و مثلها ليس محط الخصومة، بل محطها الملكية الحالية، و لا يثبت فى الحال الا بالاستصحاب الذى ليس هو ميزان الفصل، بل غاية الأمر يصير منكرا لو لا كون المال فى يد غيره أو فى يدهما، و إلا فاليد الحالية مقدمة على الملكية السابقة و استصحابها و ذلك كله غير مرتبط بتقديم البينة على الملك القديم فى مقام الميزانية.

و اما الرواية فاستفادة المناط منها من ترجيح ما هو أقدم تاريخا أول الدعوى

↨

ص: ۱۹۵

مع ان مورد الرواية صورة كون المال فى يد أحدهما، و فى مثله قد تقدم بأن الأخبار متعارضة على وجه لا مجال إلا من الترجيح بينهما بموافقة السنة المنطبق ذلك على رواية المنصور الحاكم فيها بتقديم بينة الخارج، بلا صلاحية بينة الداخل للمعارضة معها فى مقام الفصل كى ينتهى الأمر إلى ترجيح أحدهما على الآخر بمرجح كما لا يخفى.

و منها

: إذا ادعى شيئا فى يد غيره فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه مخاصمته فى نفس العين، لأنه بإقراره غير مسلط على أدائها الى المدعى و لو مع اعترافه بعده، غاية الأمر يوجب إقراره أخيرا غرامته عليه للمقر له ثانيا.

و لكن فى انـدفاع الخصومـة عنه كلية و لو بلحاظ الدعوى الملزمة الملازمة مع التغريم اشـكال، و فى مثل هذه الخصومة أيضا لا يحتاج الى دعوى العلم عليه، إذ ليس محط الدعوى جهة تكليف غير ملزم عليه إلا بالعلم كدعوى اشتغال ذمة الميت بالمال على الوارث الـذى تقدم شـرحه، و حينئذ فلا وجه للاحتياج الى دعوى العلم فى تلك الخصومة لملزمية الدعوى بلا علم، و حينئذ فما فى الشريع من تخصيص دعواه بعلمه، منظور فيه.

و على أى حال فلو أنكر المقر له ماليـة المال له، ففى الشـرائع حفظها الحاكم لخروج المال ظاهرا عن ملك المقر بإقراره و عـدم دخوله فى ملك المقر له بإنكاره له فيرجع أمره الى الحاكم فلا يعطى المدعى إلا ببينته. و فى شـمول كبرى الدعوى بلا معارض فى المقـام نظر من جهـة كون الغير الـذى هو ذو اليـد مـأمور باعترافه بإيصاله إلى مالكه و لو بـدسه فى ماله، و مثل هـذه الصورة أعظم من اللقطة التى هى فى يد من لم يعلم صاحبه، فكما ان مجرد يده مانع عن سماع مثل هذه الدعوى كذلك فى المقام.

و لو قال المـدعى عليه انه لمجهول لا أسـميه، ففى اندفاع الخصومة عنه بالإضافة إلى العين من جهة إقراره النافى عنه، أو عدمه و لو من جهة احتمال إقراره له فلم يكن بعد غير مقدور التسليم الموجب لصرف خصومة شخص العين عنه نظير عدم صرف

↕

المطالبة عمن بيده المال لمحض احتمال الحيلولة فى ماله وجهان أقويهما الثانى خلافا للجواهر من التزامه بالأول.

و منها

: انه إذا ادعى مـدع انه آجر الدابـة التى هى فى يـد غيره عليه، و ادعى ثـالث انهـا مـاله و أودعهـا إياه، فمرجع هـذه الـدعوى فى الحقيقة إلى دعوى كل واحد مالية العين له و إنما اختلافهما فى ملكية نفس العين و ان اختلافهما فى العقد المزبور تبعى محض.

و بذلك يمتاز مثل هذا الفرض عن دعاوى العقود الراجعة إلى دعوى كل واحد تحقق عقد على المال المعين من حيث المالك بلا خصومة فى المال أبدا بل كانت الخصومة بتمامها متعلقة بكيفية العقد الصادر منهما.

و عليه فيمكن دعوى كون المقام من باب التـداعى بالإضافـة إليهما فى فرض عـدم اعتراف من بيـده المال لأحـدهما معينا. و إلا ففى فرض الإقرار يقـدم قول المقر له لكونه بمنزلـة ذى اليـد، و على أى حال حكم كل واحـد من الفرضـين واضـح، من الحكم على طبق بينـة كل واحـد و مع تعارضـها تجرى الأحكام الثلاثـة السابقـة من الترجيح أو القرعة و الحلف أو التنصـيف فى صورة امتناعهما عن الحلف.

هـذا كله فى فرض نفى ذى اليـد عن نفسه و إلا فمع إنكاره لهما تجرى بالنسـبة إلى ذى اليـد و مدعيه، الاحكام المعهودة من ان البينة على المدعى و اليمين على من أنكر و تكفى يمين واحدة لهما بلا احتياج الى يمينين و اللّه العالم.

و لو فرض الدعوى على اجارة ما فى يد غيره عليه و ادعى ذى اليد إعارته منه فهى راجعة إلى مسألة اختلافهم فى العقود فى مال شخص معين، و فى مثله هل المدار فى تشخيص المدعى المنكر على جريان الأصل فى مصب الدعوى كما سيجىء عن الجواهر كى يكون مدعى الإجارة مدعيا و الآخر منكرا، وجهان تقدم سابقا بأن الأقوى

↕

ص: ۱۹۷

هو الثانی و یؤیده الروایهٔ المحکیهٔ عن أمیر المؤمنین (ع) من تقدیمه قول مدعی الإعارهٔ علی مدعی الرهینهٔ و علی الثانی البینهٔ علی مدعاه و لقد أشرنا إلی الروایهٔ سابقا أیضا و اللّه العالم.

و منها

: لو ادعی دارا فی ید إنسان و أقام بینهٔ علی انه فی یده أمس أو علی ملکیتها کذلک، ففی الشرائع: الأقرب القبول، و ظاهر تعلیلهم بان الحکم بالاستصحاب أوجب المطابقهٔ بین الدعوی و الشهادهٔ کون المراد القبول فی مقام المیزانیهٔ لفصل الخصومهٔ، و إلا فمثل هذا التعلیل مستدرک. و علیه فیشکل الحکم بمثل هذا الاستصحاب بمقتضی العمومات الحاصرهٔ لو لا دعوی کون المراد من القضاء بالبینهٔ ما کان للبینهٔ دخل فی إثباته و لو بضم الاستصحاب.

و لکن مع ما فی ذلک من الاشکال لظهور البینات فی البینات القائمهٔ علی محط الخصومهٔ، لا- إشکال فی عموم دلیل الید اللاحقهٔ و حکومته علی الاستصحاب، اللهم إلا ان یمنع عموم حجیهٔ مثل هذه الید فی مورد الخصومهٔ، و لکنه کما تری.

ثمَّ ان ذلک فی صورهٔ قیام البینهٔ علی صرف الملکیهٔ السابقهٔ أو الید کذلک و اما لو أقیمت علی سبق غاصبیهٔ ذی الید الفعلی فالظاهر ان استصحاب عنوان غصبیهٔ الید یخرجها عن الأماریهٔ علی الملکیهٔ. فحینئذ یبقی فی البین استصحاب بقاء الملکیهٔ السابقهٔ، و علیه فالاکتفاء بهذا المقدار فی مقام الفصل فرع ما ذکرنا من التوجیه فی العمومات الحاصرهٔ، و إلا ففی النظر فیه مجال، لو لا قیام إجماع فی البین و لو بحمل دعوی نفی الخلاف فیه علی مجرد الحکم بمناط الحجیهٔ لا بمناط فصل الخصومهٔ و اللّه العالم.

↨

ص: ۱۹۸

تتمیم فی جملهٔ من فروع الاختلاف فی العقود و المواریث و الأولاد

اشارهٔ

اما صور الاختلاف فی العقود فمنها: ما لو اختلفا فی استیجار دار معینهٔ شهرا معینا، و اختلفا فی الأجرهٔ، تارهٔ من حیث قلتها و کثرتها، و اخری من حیث تعیین جنسها المردد بین المتباینین کالدینار و الدرهم فعلی الأخیر فلا شبههٔ فی عدم مطابقهٔ واحد منهما للأصل حتی بالنسبهٔ إلی الجهhٔ الملزمهٔ من الدعوی لتعارض الأصل من الطرفین. و علیه فلا بد ان یجعل ذلک من باب التداعی فی خصومهٔ واحدهٔ بلا وجود منکر فی البین، نظیر دعواهما فی ملکیهٔ مال لا ید لأحد علیه.

و توهم کفایهٔ مجرد الأصل الاقتضائی فی طرف المنکر، منظور فیه لما تقدم من مدار المنکریهٔ علی الموافقهٔ مع الحجهٔ الفعلیهٔ فراجع ما ذکرناه فی شرح الدعوی.

و علیه فلا- مجال للمصیر فی هذا المورد الی التحالف بلا بینهٔ، بل المیزان فی مثله منحصر بالبینهٔ، فإن أقامها کل واحد منهما فتسمع و مع التعارض یؤخذ بالأرجح کثرهٔ أو عدالهٔ و مع التساوی یقرع و یحلف من خرج اسمه، أو یرد علی طرفه فان

↨

ص: ۱۹۹

امتنعـا يحكم بالتنصـيف فى محـط الخصومـة بإعطاء نصف الـدينار و نصف الـدرهم على أشـكال فيه من جهـة انتهائه إلى العلم الإجمـالى بأخـذ مـا لاـ يستحقه جزمـا المنافى مع كون التنصـيف فى الاخبار نظير الأخـذ بالحلف و البينـة الراجحـة من الأحكام الظاهريـة غير الجاريـة مع فرض مخـالفته للعلم الإجمـالى. و عليه فلاـ محيص الاـ من المصـير الى عموم دليـل النكول من طرف المنكر الخارج اسمه بالقرعة أو نكول المدعى عن اليمين المردودة، هذا كل ما تقتضيه قواعد الباب.

و لكن ظاهر كلمات الأصـحاب عدم التزامهم بمثله، إذ كلمات جملة صريحة فى جعله من باب الخصومتين مع وجود المنكر فى كل واحـد من جهـة بنائهم فيه على التحالف و الانفساخ مع عـدم البينـة و مع وجودها فالمرجع هو البينة و مع التعارض يرجع الى الأحكـام الثلاثـة التى منها التنصـيف مع امتناعهما عن الحلف حتى صورة لزوم مخالفـة المعلوم إجمالا، بل و اسـتلزام ذلك علما تفصـيليا بمخالفـة الواقع، و لاـ أرى لمثـل هـذه الجهـات وجها خصوصا فى اسـتلزام التحالف انفساخ العقـد، إذ ذلك إنما يتم لو فرض ذهـاب اليمين بحق الطرفين حقيقـة، و إلاـ فلو لم تـذهب إلا مجرد السـلطنة الظاهريـة الخارجيـة مع بقاء ذمـة الحالف على اشتغالها بما كان، فلا وجه للانفساخ إذ لا تبقى المنفعة بلا بدل.

و توهم ان قطع السـلطنة الخارجيـة يوجب كون العوض بمنزلة التلف و لازمه حينئذ إجراء قاعدة التلف قبل القبض، فلا بد حينئذ من الانفساخ، مـدفوع بان ذلك كله لو لم يتمكن الحالف من أدائه و لو بتكـذيبه حلفه و إلا فلا وجه لشـمول هذه القاعدة لمثل المـورد، اللهم إلاـ ان يـدعى بـأن الإقـرار يوجب قلب الموضوع من المنكر الى المقر و ان نظرهم فى الانفسـاخ مـا دام باقيـا على إنكاره الذاهب بحقه اليمين لا مطلقا.

ثمّ ان فى إطلاق حكمهم بالتنصيف حتى مع الانتهاء الى مخالفة العلم الإجمالى

↕

ص: ۲۰۰

بـل و للتفصيلى فى بعض الأحيـان أشـد إشـكالا، و الاـلتزام بكونه مصالحـة قهريـة شـرعية خلاـف سوق الأخبار الظاهر فى مقام الوظائف الظاهرية المجعولة فى مرتبة الشك بحكم الواقع. و عليه فلا محيص إلا من الالتزام بعدم جريان التنصـيف حتى فى مثل هـذه كعـدم جريانه فيما لا تقبل القسـمة كالزوجيـة، و لقـد تقدم ان المرجع فيها هو الأخذ بنكول الحالف بناء على شـمول دليله للمقام أو الحكم بترتيب الأثر على طبق القرعة بمناط الحجية، لا بمناط فصل الخصومة، و لقد أشرنا إليه أيضا فى فرع الاختلاف فى الزوجية غير الجارية فيه التنصيف و القسمة فتدبر و اللّه العالم.

ثمّ ان ظاهر الجواهر بل صريحه إرجاع الفرع الأول أيضا الى الخصومتين بتخيل ان مصب الدعوى أمران متباينان، من تعلق العقد بالأربعـة أو الاثنين فحكم فيه أيضا بالتحالف و الانفساخ مع عدم البينة و مع البينة فيؤخذ ببينة كل واحد و مع التعارض يرجع الى حكـام الثلاثـة. و لكن لاـ يخفى مـا فيه من انه مع الإغمـاض عمـا ذكر فى تـاليه، لا يكفى مجرد التباين فى مصب الـدعوى كون المقام من التـداعى، بل الظاهر ان مناط تشـخيص المنكر على مطابقـة قول أحـدهما للأصل فى جهة ملزمة، كما نطقت به الرواية الواردة فى الاختلاف فى عقـد الرهن و الوديعة، و عليه فالقول قول منكر الزائد و وظيفته اليمين و مع الرد فيحلف مدعى الزيادة، و مع وجود البينـة فلاـ تسـمع إلاـ بينته بل معارضـتها مع بينـة المنكر كما هو مختار ابن إدريس فى السـرائر، من دون وجه لترديد المحقق فى إطلاق كلامه كما لا يخفى و اللّه العالم.

ثمّ انه من التأمـل فيمـا ذكرنـا ظهر الحـال فيما لو اختلفا فى استيجار دار معينـة و قال الآخر بإجارة بيت منها، إذ لازم ما ذكرنا فيه أيضا تقـديم قول الموجر بعـد الجزم بكون الاختلاف فى متعلق عقد واحد وفاقا للسـرائر، و لازمه حينئذ عدم سـماع البينة إلا من

طرفه بلا رجوع الأمر فيه أيضا الى تعارض البينتين، خصوصا ما فى كلام الشيخ من تقديم

↕

ص: ۲۰۱

الأسبق تاريخا من البينتين لما عرفت من ان مجرد ذلك لا يصير مرجحا.

و أضعف منه ما اختاره المحقق- قدس سره- فى الشرائع من الأخذ ببينة مدعى البيت إذا كان أقدم و يؤخذ ببينة غيره فى الباقى، بتخيل بطلان إجارة الباقى بالنسبة الى البيت لسبق إجارته و صحتها بالنسبة إلى الباقى، إذ ذلك انما يتم مع احتمال العقدين و هو لا يناسب دعواهما فى متعلق عقد واحد مع تسلمهما عدم صدور عقدين فى البين إذ مثل هذه الدعوى مكذبة للاحتمال المزبور و معه كيف يمكن الأخذ بمضمونهما المناسب مع وقوع عقدين إذ البينة انما تكون حجة بمقدار لا تكذبها الدعوى، فما فى الجواهر من الأخذ بهما من حيث اقتضائهما تعدد العقد مع عدم مساعدة الدعوى إلا على عقد واحد منهما فى نهاية الاشكال. و أشكل منه العمل بكل منهما حتى مع علم الحاكم بخروج الحاصل من مجموع البينتين للواقع إذ ذلك كما ترى ينافى طريقية البينة كما هو ظاهر و اللّه العالم.

ثمّ ان من التأمل فيما ذكرنا ظهر الحال فيما هو نظير الفروع المتقدمة من انه لو ادعى كل منهما انه اشترى دارا معينة من شخص بعينه و اقبضا الثمن و هى فى يد البائع فإن كذبهما من بيده المال فيحلف لكل منهما، و لا يبعد الاكتفاء بحلف واحد فى نفى دعواهما بعد تحرير الدعويين لا قبله، و ان صدق أحدهما دفع العين اليه بملاك الجمع بين مقتضى اليد و الإقرار. و فى حلف المقر للمدعى الآخر حينئذ إشكال، من جهة إمكان كون المال بإقراره بمنزلة التلف قبل القبض فلا ملزم له على العين.

و أشكل منه صيرورة المقر له فى هذه الدعوى منكرا كى يصير عليه اليمين لأن اليد انما تثبت الملكية محضا لا الخصوصية المدعى بها، و عليه فيصير حال هذا الشخص من قبيل دعوى ذى اليد بملكية العين بسبب خاص فى عدم صيرورته بمجرد يده حينئذ منكرا، بل لا بد حينئذ من اجراء حكم التداعى عليه، و ان كان المال فى حكم ملكه لما ذكرنا

↕

ص: ۲۰۲

و حينئذ يشكل انتزاعه فى صورة دعوى السبب على المحكى عن جماعة من مصيرهم الى انتزاعه، إذ ذلك فرع عدم إطلاق فى دليل اليد لمثل هذه الصورة و إلا فللنظر فيه مجال.

و على أى حال فلو قال ذو اليد: لا أعلم لمن هى منكما. فعن كشف اللثام يقرع مع عدم البينة، و لعله لعموم دليلها فينتهى إلى حلف من خرج اسمه و مع النكول يحكم بنكول المدعى عن اليمين المردودة على المختار من عدم القضاء بنكول المنكر، و لكن ذلك أيضا لو لا جريان اخبار التنصيف فى المقام من جهة أن الخارج من عمومات التنصيف صورة حلف من خرج اسمه بالقرعة و بقى الباقى تحته و ذلك أيضا بعد احتمال كون المناط فى التنصيف عند تعارض البينتين بملاك تساقطهما و كونهما كالعدم، و إلا فلا إطلاق لها يشمل صورة فقد البينة رأسا كما لا يخفى إذ حينئذ لا إشكال فى البين كى يرجع الى القرعة كما انه لا مجال للمصير إليها فى صورة جريان سائر الأصول و لكن الكلام بعد فى إحراز هذا المناط فتأمل.

ثمّ لو تحقق فى البين بينة فيؤخذ ببينة كل واحد، و مع التعارض يرجع الى الأحكام الثلاثة على اشكال فى التنصيف المقتضى لرجوع كل بنصف ثمنه بحكم تبعض الصفقة، إذ ينتهى الأمر إلى علم البائع بعدم انتقال نصف الثمن من مالكه الواقعى إليه، بل مقتضى القاعدة إدخال هذه الصورة أيضا فيما لا يقبل التبعيض فينتهى الأمر إلى الحكم بنكول المدعى عن اليمين المردودة أو القرعة فى مقام ترتيب الأثر بملاك الحجية لا فصل الخصومة و لقد أشرنا إلى نظيره سابقا فراجع.

و أشكل منه حكمهم فى فرض التبعيض بحكم التنصيف بأنه لو فسخ أحدهما ينتقل المال بتمامه الى غيره لعدم مزاحمة بينته بغيرها حينئذ إذ فيه ما لا يخفى لأن الحكم بالفسخ من أحكام التعارض فكيف يرفع موضوعه، بل هو بمنزلة انتقاله إلى

↕

ص: ٢٠٣

البائع بنقل جديد، إذ هذه كلها لا يوجب النقل الى غيره ببينته المعارضة بمثلها من الأول.

ثمّ انه لو ادعى اثنان أن ثالثا اشترى من كل منهما هذا المبيع المعين الذى بيده عكس المسألة السابقة فإن صدق أحدهما قضى عليه بإقراره، و فى حلفه للآخر اشكال لعدم أمارية اليد على خصوصية المدعى به، فبالنسبة إليهما لا بد من إجراء أحكام التداعى لا المدعى و المنكر، و ان صدقهما يقضى عليه بثمنين لإمكان صدق وقوع العقدين و لا يضر بذلك اعترافهما بعدمه بتخيل أن كلا- يدعى صدور العقد الواحد المتنازع فيه منه لكونه ملكه دون غيره إذ غاية ما يلزم من مثله العلم الإجمالى بمخالفة أحد الإقرارين، و مثله لما كان بين الشخصين غير مضر، فكان المقام من هذه الجهة نظير إقرار المقر بعين لشخص ثمّ إقراره بها لشخص أخر إذ ينتهى مثله أيضا الى العلم الإجمالى بعدم استحقاق احد الشخصين لعين المال أو بدلها و مثل هذا العلم لا يقتضى عملا مانعا عن نفوذ اقراريه.

لا- يقال: انه كذلك و لكن العلم بكذب أحد الإقرارين ينافى طريقيتهما فلا جرم يسقطان عن الحجية كالبينتين. لأنه يقال بان ذلك انما يرد على من التزم بان مجرد العلم بالمخالفة و ان لم يوجب عملا مضر بالطريقية، و أما بناء على ما هو التحقيق المقرر فى محله من عدم مضرية مثل هذا العلم حتى فى الأمارات كالأصول فلا بأس بالالتزام به.

و اما جهة التفرقة بين البينة و أمثالها و بين الإقرار فإنما هو من جهة حجية لازم البينتين من النفى عن الآخر، و بواسطته لا يعقل التعبد بمفاد البينة فى جميع مداليلها فتسقط عن الاعتبار رأسا بعد عدم ترجيح لطرح خصوص الالتزامى منه، و هذا بخلاف الإقرار، إذ لا تكون الحجة منه إلا مدلوله الاثباتى على نفسه لا النفى من غيره و معلوم

↕

ص: ٢٠۴

أن التعبد بمثله فى الطرفين لا- يوجب محذورا عمليا نظير التعبد بوجوب الطرفين بالاستصحاب مع العلم الإجمالى بكذب أحدهما.

ثمّ ان هذا كله صورة احتمال صدور عقدين بإقراره كذلك، و أما لو علم من الخارج أو من دعوى الطرفين عدم العقدين لا مجال للأخذ بالإقرار المزبور للجزم بكذب شخص هذا الإقرار و معه لا مجال للحجية، نعم لو اعترف بصدق كل واحد تدريجا لا- بأس بالأخذ بهما و لو علم من الخارج كذب واحد منهما لما عرفت من أن العلم الإجمالى على خلاف المثبتين من الحكم الطريقى غير مضر بالأخذ بهما، و من هنا نقول فى الإقرار بالعين لشخصين أيضا: لا بد من التفرقة بين ما لو أقر لهما باقرارين تدريجا أم بإقرار واحد دفعة بملاحظة مضرية العلم بمخالفة شخص الإقرار للواقع و عدم العلم بمخالفة أحدهما له بنحو الاجمال و اللّه العالم بحقيقة الحال.

ثمّ ان ذلك كله حكم صور عدم وجود بينة فى البين و أما مع وجودها فعند عدم المعارضة يؤخذ ببينة كل منهما لصدق المدعى عليه، و مع التعارض ينتهى إلى الأحكام الثلاثة حتى الحكم بالتنصيف، إذ ما ذكرنا من محذور مخالفته للعلم إجمالا على خلاف الواقع فى مثل المقام غير مضر، لأنه من باب العلم بين الشخصين غير المنافى مع الحكم ظاهرا فى حق كل واحد، نعم ليس لثالث أن يشترى النصفين من الشخصين إذ فى مثله ينتهى إلى العلم بالمخالفة بالنسبة إلى شخص واحد و مثله مضر

بالحكم الظاهرى، و حينئذ فإن تمَّ إجماع على صحته فلا بد ان يلتزم بان الحكم الظاهرى لكل واحد موضوع الحكم الواقعى للآخر و إلا فللنظر فيه بمقتضى القواعد مجال و اللّه العالم.

و من التأمل فيما ذكرنا أيضا ظهر حال ما لو ادعى عبد ان مولاه أعتقه و آخر ان مولاه باعه منه و كان العبد فى يد ثالث، فان صدق العبد فلا تقطع الخصومة معه لغيره

↕

ص: ٢٠٥

لإلزامه عليه بالقيمة، كما انه ان صدق غيره كان خصومة العبد معه باقية لإلزامه عليه بعد انتقاله اليه بوجه نظير دعوى جناية العبد بنحو راجع الى نفسه بعد عتقه و عليه فلا مجال لما حكى من المبسوط من عدم الحلف للآخر بعد تصديقه لغيره، بتخيل أن الخصومة لا تبقى معه بعد إقراره لغيره لعدم سماع إقراره بعده لكونه إقرارا فى حق الغير، فلا تبقى للمدعى جهة إلزام بعد عليه كى تصح معه الخصومة المعتبرة فى صحة الحلف.

و وجه الفساد أن مجرد عدم سماع الإقرار بالنسبة إلى الغير فى الإلزام بنفسه فعلا غير مضر بسماعه بعد انتقاله اليه بوجه كما هو الشأن فى دعوى جناية العبد بما هو راجع الى نفسه بعد عتقه، مع أن ما أفيد انما يصح بالنسبة إلى خصومة العبد المدعى للحرية و اما بالنسبة إلى خصومة غيره المدعى لرقيته فيسمع الإقرار بالعين فى الإلزام ببدله كما لا يخفى.

ثمَّ انه مع وجود البينة فيتبع ذلك من كل من المدعيين و مع التعارض تجرى الأحكام الثلاثة حتى التنصيف، و فى مثله لا مجال لتقويم العبد على ذى اليد المعترف بعدم مالكيته بنفسه بلا تصديق لواحد من المدعيين، لأنه من باب الحكم بحرية النصف تعبدا ظاهريا من دون دخل لاخبار المولى فى ذلك كى يقوم عليه، نعم ذلك صحيح لو كان الحكم بالتنصيف من باب التبعيض فى سند البينتين، إذ حينئذ يمكن أن يقال بان المقام من باب قيام البينة على تحرير المالك نصفه باختياره.

و لكن الكلام فى إثبات هذه الجهة إذ من البديهى أن الحكم بالتنصيف غير مرتبط بمقام الجمع بين البينتين، و انما هو حكم تعبدى فى مورد التساقط بينهما ثمَّ الرجوع الى القرعة و امتناعهما من الحلف و مثل ذلك لا يثبت صدور تحرير نصف العبد من المولى اختيارا.

↕

ص: ٢٠٦

و عليه فما فى الجواهر فى رد هذه الشبهة من أن بناء الاحكام على مقتضى ظواهر الأدلة الشرعية و هو هنا عتق النصف بالبينة و لو بعد الأدلة على اعمالها مع التعارض على الوجه المزبور، منظور فيه إذ لنا مجال السؤال عما دل على اعمال البينة حال التعارض بعد ما عرفت من ان اخبار التنصيف غير ناظر الى الجمع المزبور و عدم اقتضاء القاعدة أيضا إلا التساقط كما هو ظاهر هذا.

ثمَّ اعلم أن مرجعية الشهود بل و جميع الطرق الشرعية انما هى صورة عدم قيام قرينة قطعية على خلافها و حينئذ فلو شهد بملكية الدابة فى مقدار من الزمان غير المساعد لسنها لا تسمع و وجه ذلك ظاهر.

و لو ادعى دابة فى يد زيد بأنه اشتراها من عمرو فأقام البينة على مجرد شرائه فعلى القول بتقديم اليد اللاحقة فلا إشكال فى عدم الحكم له و على القول بتقديم السابقة و لو فى خصوص مورد الخصومة ففى الحكم بالملكية بمجرد قيام البينة على الشراء المزبور تردد لأعمية الشراء من الفضولى و غيره و من انصرافه الى الشراء الملزم.

و لو كان الصغير المجهول النسب فى يد واحد و ادعى رقيته قضى عليه بالملكية لدى المشهور بمناط الدعوى بلا تعارض، لا بمناط اليد كى يدعى بان ما هو امارة الملك هو اليد المستقرة على معلوم المالية دون مشكوكها، لعدم إطلاق دليلها، و لكن ما

فی روایـة عبـد الرحمن من قوله: الناس کلهم أحرار إلا من أقر علی نفسه بالرق و هو مدرک §الوسائل ج ۱۸ ص ۱۸۴ باب ۱۲ کیفیة الحکم رقم ۹

§ ظـاهر فی کون الأصـل فی کل إنسان حریته إلا ما علم بالإقرار أو البینـة، و لازمه عـدم ثبوته بمجرد الـدعوی بلا معارض و لا بصـرف الیـد علیه، و کون صدر الروایة فی مورد الدعوی مع المعارض غیر مضـر بعموم هذه الفقرة، کما ان من مثل هذا العموم یستکشف ردع العقلاء فی السماع لدعوی بلا معارض، بلا صلاحیة

↕

ص: ۲۰۷

بنائهم المزبور لتخصـیص مثل هـذا العموم کما لا یخفی، و لعله لـذلک اختار فی- المبسوط علی المحکی عنه توقف ثبوته علی البینـة، و الظـاهر ان الحصـر إضـافی بالنسبة الی غیر إقراره، بل و لو لا الإجماع و السیرة لصار إلیه فی الجواهر، و حینئـذ فإن تمَّ ذلک فهو، و إلا فللنظر فیه مجال.

و توهم ان مفـاد العموم بمنزلـة الأصـل المحکوم بحجیـة الـدعوی بلا معـارض کمحکومیـة کل أصل عملی بالنسـبة إلی الطرق الاجتهادیة، مدفوع بأنه کذلک لو لا اسـتثنائه الإقرار بل و البینة فی ذیلها، و إلا فنفس هذا الاسـتثناء شاهد تکفل مثل هذا العموم معنی مناسبا للجعـل بنحو حـاکم علی سائر الأمارات، لا لخصوص الجعل فی ظرف الاسـتتار المحکوم بالنسبة الی ما هو متکفل نفیه، و لا یکون ذلک إلا بجعله مثل هـذه الجملـة فی مقام نفی الشک عن الحریة، لا متکفلا لجعل الحریة فی ظرف شـکه، و لا الأعم منهمـا، کیف و فی جعـل واحـد لا یتصور الجعل فی ظرف الاسـتتار و الجعل بنحو رافع لاسـتتار الواقع، إذ هما نحوان من الجعـل غیر الواقعین تحت جـامع واحـد کمـا هو ظـاهر و علیه فلا مجال لـدعوی الحکومـة المزبورة الموجبـة لتخصـیص الروایة بموردها من الدعوی مع المعارض کی یتم ما هو المشهور.

ثمَّ ان مقتضـی قوله: إلا من أقر علی نفسه، نفوذ إقراره علیه نظیر مفاد عموم إقرار العقلاء علی أنفسـهم. و علیه نفسه نفوذ إقراره علیه ففی الحکم بالرقیـة لخصوص من أقر له مع وجود مـدع آخر نظر إذ لا وجه لسـماعة حتی بالنسـبة إلی ضـرر الغیر و لـذا قلنا کرارا بأن إقرار من بیـده المال لا ینفذ فی ضـرر الغیر و لا یحکم بنفی ملکیة الغیر إلا بتوسط اقتضاء یده و لذا صار المشـهور بان المقر له بمنزلـة ذی الیـد علی الملکیـة و المفروض انه لیس فی المقام شـیء آخر من یـد أو غیره علی وجه ینفی ملکیة غیره عنه فمن أین یحکم برقیة العبد للمقر له علی وجه یقطع به دعوی مدعیه الآخر.

↕

ص: ۲۰۸

و توهم کون ذلک بمناط قاعدة من ملک شیئا، فاسد جدا إذ هذه القاعدة علی فرض تمامیتها إنما تتم فیما إذا کان إقراره متعلقا بما ملکه لا نافیا لملکیته و فی المقام من قبیل الثانی إذ بإقراره یخرج نفسه عن تحت سـلطنته بل کان ممن لا یقـدر علی شـیء و کلا علی مولاه و لعله لـذا حکی عن الشـیخ فی مبسوطه بعدم سـماع إقراره علی ضـرر غیره و لا مجال لدفع الجواهر بعدم الدلیل علیه، بل ظاهر الأدلة خلافه إذ لیس فی المقام ظهور دلیل إلا عموم إقرار العقلاء أو خصوص خبر حمران و لقد تقدم ما لهما من مقدار الدلالة.

و توهم ان مورد روایـة حمران هو قبول إقراره حتی علی ضـرر المربیة المدعیة لحریتها و کونها بنتها إذ ربما تکون رقیتها ضـررا علیهـا من حیث نفی إرثها منها، مـدفوع بان مثل هـذه الآثار مما یترتب علی ما هو ضـرر علی نفسه و فی طوله و لا بأس بسـماعه فیها، و ما لا یسـمع فیه إنما هو أثر ضـرری علی الغیر فی عرض ضرر نفسه، و لذا أشرنا فی بعض المقامات سابقا الی شرح موارد

سماع الإقرار على ضرر غيره و عدم سماعه، و جعلنا من الثانى إقرار المورث على وارثه فراجع، و بالجملة لا تصلح مثل هذه الرواية شاهدا على خلاف ما ادعينا، و على هذا فان تمّ فى البين إجماع حتى مع خلاف الشيخ على السماع حتى على ضرر الغير فى خصوص المقام فهو، و إلا فللنظر فيه مجال.

و لو ادعى دارا فى يد زيد بأجمعها و ادعى عمرو نصفها، فتارة تكون دعوى التمام بسبب غير قابل للتفكيك بين النصفين. و اخرى على نحو قابل للتكليف بينهما من حيث الصدق و الكذب.

فعلى الأول تكون دعوى النصف مزاحمة لدعوى التمام دون الآخر و لازمه حينئذ تزاحم بينتهما، و فى مثله لا مجال لتوهم الأخذ بالبينة بالنسبة إلى النصف بلا

↨

ص: ۲۰۹

معارض، بل و لا مجال للأخذ بدعواه بملاك الدعوى بلا معارض، لما عرفت من ان دعوى الملكية على النحو المزبور معارضة بدعوى النصف من غيره، بل و فى هذه الصورة لا مجال لجعل يده على التمام مرجحا لقوله لأن اليد إنما تثمر فى صورة دعوى الملكية محضا لا- الملكية المستندة إلى سبب موجب لعدم التفكيك بين النصفين، و فى مثله و ان كانت المخاصمة متعلقة بالنصف لكن لا- من جهة إقرار مدعى النصف بكون النصف الآ-خر له، كى تكون دعواه فى النصف بلا معارض، بل من جهة عدم ملزمية إنكاره للنصف الآخر لكونه أجنبيا عنه فحقيقة المخاصمة المنشاءة للآثار و ان لم يتحقق بالنسبة إلى النصف، و لكن لا يخرج المورد بمجرد ذلك عن صدق المعارض من حيث النفى و الإثبات، و عليه فلا تسمع البينة من الجانبين إلا على النصف من حيث الميزانية، و ان كان تسمع بمناط الحجية بالنسبة إلى الجميع فيترتب عليها الآثار.

و من التأمل فيما ذكرنا ظهر ما فى إطلاق بعض الكلمات من جعل النصف مورد الدعوى بلا معارض، و حصر المعارض فيه فى خصوص النصف، إذ تخصيص الخصومة بملاك الملزمية من الطرفين بالنسبة إلى النصف لا يقتضى تخصيص المعارضة به، كى تسمع فى النصف لكونها بلا معارض و السيرة على سماع الدعوى بلا معارض غير ظاهر الشمول لمثله و حينئذ فلا يحكم بكون النصف له فى هذا الفرض أيضا إلا بالبينة بمناط حجيتها و يكون مرجعيتها من حيث فصل الخصومة بالنسبة إلى النصف المتنازع فيه.

نعم ما أفيد إنما يتم بالنسبة إلى الصورة الأخرى القابلة للتفكيك بين النصفين من حيث صدق الدعوى و كذبها فتسمع حينئذ قوله فى النصف لعدم المعارض بل ربما يعترف الخصم بكونه له و فى النصف الآخر يقع مورد التخاصم و حينئذ فإن كان المال فى يد مدعى التمام فتسمع بينة مدعى النصف فى مقام الفصل لأنها بينة خارج كما انه كذلك

↨

ص: ۲۱۰

لو كان المال بيدهما و هكذا لو كان بيد مدعى النصف و اعترف كون نصفه الآخر لمدعى التمام و لو اعترف لغيره لا بد من تقديم بينة المدعى للتمام لأنها بينة خارج.

و لو كان بيد ثالث فإن أنكرهما بلا بينة فى البين فيحلف لهما و لو بحلف واحد بعد دعواهما و مع البينة تسمع بينة كل منهما على ذى اليد لأنهما بينة خارج و بعد الحكم لو احد ببينته لا تقطع خصومة غيره مع المحكوم له لما عرفت من ان الحكم فى كل خصومة لا تقطع الا الخصومة المحررة و أما غيرها فبعد تبقى موكولة بتحريرها.

و مع إقامتهما البينة بعد تحريرهما متوجهة على كل واحد من ذى اليد و رفيقه فيرجع الى الأحكام الثلاثة حتى التنصيف و لازمه

حينئذ فصل الخصومة بين الثلاثة و لو بتنصيف النصف المتنازع فيه بين المدعيين و الحكم بكون النصف الآخر له و مقتضاه إعطاء ثلاثة أرباع لمدعى الكل و ربع لمدعى النصف.

و هذا كله أيضا على فرض كون ذى اليد غير متشبث فى دعواه الى السبب و إلا فيقع التداعى بين الثلاثة و لازمه سماع أكثرهم بينة و إلا فالقرعة بين الثلاثة فأيهم خرج اسمه فهو منكر يتوجه اليه الحلف فاذا حلف مدعى النصف تفصل الخصومة فى هذا النصف بين الثلاثة و تبقى الخصومة بين مدعى الكل و ذى اليد بالنسبة إلى النصف الآخر باقية و لازمه مع فرض تعارض بينتهما قرعة أخرى بينهما فأى واحد خرج اسمه فيحلف و مع امتناعهما فينصف النصف الأخر بين مدعى الكل و ذى اليد كما انه لو كان الحالف هو مدعى التمام فيسقط حق الطرفين من التمام، و هكذا لو كان الحالف ذا اليد المتشبث بالسبب.

و لو نكل الجميع عن الحلف فلا بد ان يقسم بين الثلاثة بنسبة دعواهم و لازمه إعطاء الربع الى مدعى النصف و إعطاء ربع و نصفه الى مدعى التمام و البقية إلى ذى اليد.

↥

ص: ٢١١

ثمّ ان ذلك فيما لو فرض تخاصمهما فى الكسور و اما لو كانت دعاويهم على نحو لا تنافى دعوى الغير كما لو ادعى أحدهم النصف و الآخر الثلث و الثالث السدس مع عدم يدهم على المال بل و مع وجود يدهم أيضا فلا يبقى تزاحم حينئذ بينهم فى هذه الصورة إلا مع الخارج منهم و إلا فبالنسبة إلى أنفسهم لا تبقى خصوصية أصلا بل كل مدع بنحو قابل لتصديقه لعدم المعارض له كما لا يخفى.

و من التأمل فيما ذكرنا ظهر حال ما لو ادعى أحدهم الكل و الآخر النصف و الثالث الثلث فان الكلام بتمام شقوقه فى أمثاله هو الكلام فى الفرع الأول من دعوى الكسور كما لا يخفى. هذا كله الكلام فى دعاوى العقود.

↥

ص: ٢١٢

صور الاختلاف فى المواريث

لو مات المسلم عن ابنين و تصادقا على إسلام أحدهما حين موت الأب و اختلفا فى مسلمية أخيه و هو مدع لها، فتارة يكون مسبوقا بالكفر، و أخرى مجهول الحال سابقا، فعلى الأول فلا إشكال فى أن أصالة عدم إسلامه إلى حين الموت تقتضى عدم انتقال المال إليه، لأنه مرتب على الموت فى حال إسلامه، فالأصل المزبور متبع و لا يعارض ذلك بأصالة عدم الموت الى حين الإسلام، لأنه لم يترتب عليه اثر، و لازمه تقديم قول منكر اسلاميته فيرث المال كله، الا أن تقوم البينة لمدعيه، لأنه مترتب على كونه وارثا و لم يكن وارث غيره.

و اما الفرض الأخير من كون حالته السابقة مجهولة فلا شبهة فى عدم جريان الأصلين المتقدمين، و اما أصالة عدم تحقق الموت الخاص بنحو مفاد ليس التامة فهى لا تنفى وارثية هذا المشكوك الأبناء على حجية المثبت و حينئذ فأصالة عدم انتقال الزائد من استحقاق المنكر لاسلامية شريكه جارية بالنسبة إلى الطرفين و عليه فلا وجه لتقديم قوله لعدم مساعدة الأصل مع واحد منهما، فينتهى الأمر فى مثله إلى التداعى الذى لا ميزان له إلا البينة و مع تعارضهما فالأحكام الثلاثة.

↥

ص: ٢١٣

و توهم أن لمدعى الإسلامية تكفى دعوى علم خصمه بإسلامه و فى هذه الدعوى كان الأصل عدم علمه به، فيكفى فى فصله يمين الخصم على نفى علمه بإسلامه الموجب لارثه، مدفوع بان مجرد علم الطرف لا يوجب انتقال المال الى غيره و لا بنفيه يوجب انتقال تمامه إليه، كى تثمر هذه الدعوى محضا فى إثبات وارثية المشكوك عند الحاكم.
و لذا نقول: إن مثل هذه الدعوى مما لا تسمع فى مورد يكون الأثر مترتبا على واقع الحال، نعم ربما يعتبر مثله فى توجيه الدعوى الى غير من عليه الحق بملاحظة ملزميتها بأدائه تكليفا، و ذلك أيضا لا من باب كونه دعوى مستقلة، بل هو شرط ملزمية دعوى الحق على غيره عليه، و من المعلوم أن فى ما نحن فيه ليس الأمر كذلك، بل دعوى الاستحقاق متوجهة إلى نفس الخصم لا غيره، و فى مثله لا نسلم كفاية مجرد دعوى العلم كى يقتضى تقديم قول منكر العلم، بل لا بد أن يكون محط الدعوى نفس الحق الواقعى من جهة وارثيته، و فى هذه الدعوى لا يقتضى الأصل تقديم احد القولين للمعارضة من الجانبين كما عرفت.
و من التأمل فيما ذكرنا ظهر انه لا تكفى اليمين على نفى علمه فى هذه الدعوى لا فى الفرض الأخير و لا الأول، لما عرفت سابقا من أن مقتضى الأصل و القاعدة عدم الاكتفاء بيمين نفى العلم فى فصل خصومة الاستحقاق الواقعى، و لو كان المجيب بلا ادرى فضلا عن المجيب بنفى الواقع، خلافا للجواهر فاكتفى بذلك من مثل هذا المجيب و لقد تقدم الكلام معه مستقصى.
كما انه تقدم أيضا عدم تمامية الكبرى الكلية المعروفة فى كلماتهم من كفاية اليمين على نفى العلم فى كل ما كان راجعا الى نفى فعل الغير، بل الميزان المنضبط هو الذى أشرنا إليه آنفا لأنه المقدار المستفاد من النص الخاص على خلاف القواعد
↕
ص: ٢١۴
و الأصول، نعم لا يكفى فى المقام اليمين على البت على نفى الواقع أيضا لأنه يمين على نفى فعل الغير.
و لقد تقدم أن أدلة اليمين لا تقتضى إثبات الحق المتقوم بنفى فعل الغير كيمين الغريم على نفى اشتغال ذمة الميت المديون و حينئذ فما عن كشف اللثام من نفى الحلف عليه لو لا دعوى العلم عليه فى غاية المتانة بالنسبة إلى عقده السلبى دون الاثباتى و عليه فلا يكون فى مثل هذه الدعوى ميزان فصل نفرضه إلا البينة، غاية الأمر يقدم بينة منكر الإسلامية فى الفرض الأول لأنه بينة خارج بخلافه فى الفرض الأخير، لأنه من التداعى الذى تسمع البينة من كل واحد منهما و مع التعارض ينتهى الأمر إلى الوظائف الثلاثة المعروفة و اللّه العالم.
و من التأمل فيما ذكرنا كله ظهر الحال فى مملوكين أعتقا و اتفقا على حرية أحدهما حال موت مورثه و اختلفا فى الآخر فان الأصل فيه مع المنكر، و توهم الجواهر بأن أصالة عدم الحرية و الإسلام تقتضى عدم الحكم بالإسلام و الحرية قبل الموت و ذلك لا يكفى فى نفى الإرث المقتضى له نفس الولدية و الكفر و الرق مانعا لا الإسلام و الحرية شرطان، منظور فيه إذ غاية اما يلزم مما أفيد عدم جريان الأصل فى نفى الإسلام و الحرية و لكن لا مانع من جريان الأصل فى نفس الكفر و الرقية المانعين.
و توهم أن الأصل مع الشك فى الحرية هو الحرية كما تقدم فى رواية حمران، مدفوع فإنه إنما يثمر مع الشك فى أصل الحرية لا مع العلم بها فى زمان و العلم بعدمها فى زمان آخر و الشك فى زمان حدوثه إذ مثل هذه الصورة غير منساقة من عموم رواية حمران. نعم على فرض عمومها لمثله لا يكون الاستصحاب المزبور حاكما عليها كما عرفت من أن مثل هذا العموم بقرينة الاستثناء فى ذيلها كان حاكما على جميع الأصول كما لا يخفى و تقدم شرحه مفصلا.
↕
ص: ٢١۵
و لو اتفق أن أحدهما أسلم فى شعبان و الآخر فى غرة رمضان و لكن اختلفا فى تأريخ الموت بأنه قبل رمضان أو بعده بعد

اتفاقهما على انه وقع بعد إسلام الآخر فى شعبان ففى هذه لا مجال لجريان عدم الإسلام إلى حين الموت لان الشك فيه بالإضافة إلى الموت شك فى الحدوث لا شك فى بقائه و انما الأصل يجرى فى عدم الموت الى حين الإسلام و لكن قد تقدم انه لا يترتب على مثله أثر فلا يثمر مثله فى تقديم قول واحد منهما كما أن أصالة عدم تحقق الموت الخاص لا تقتضى نفى وارثية المشكوك الا على القول بالأصل المثبت، و عليه فلا يكون مثل المقام إلا من باب التداعى بالنسبة إلى المقدار الزائد عن استحقاق منكر الإسلامية، فلا يكون ميزان الفصل حينئذ إلا البينة.

و حينئذ فما عن المحقق من أن الأصل بقاء الحياة و التركة بينهما نصفان كما فى الشرائع، مبنى على ما هو المعروف من حجية الأصول المثبتة عند القدماء، و إلا فلا يكاد يتم مثل هذا الأصل أصلا.

و أضعف منه ما أفاده فى الجواهر من جعل المدرك عنده قاعدة المقتضى و و المانع إذ إتمام الدليل عليه دونه خرط القتاد و اللّه العالم.

و لو كان دارا فى يد إنسان و ادعى آخر أنها له و لأخيه الغائب إرثا لهما من أبيها فإن أنكر ذو اليد و لم تكن فى البين بينة فيحلف على نفى حقهما، و إلا فإن أقيمت بينة كاملة على انه لا وارث له سواهما، حكم للمدعى بالنصف فصلا لخصومته، و فى الحكم للغائب بنفس هذه البينة مبنى على ثبوت ولايته على أخيه من جهة أو وكالته، و إلا فلا تسمع البينة بالنسبة إلى مقدار حقه فى مقام الفصل إلا بعد حضوره و دعواه، نعم لا بأس بالالتزام بحجية البينة و ترتيب الأثر على طبق مؤداها لا من باب الفصل، و حينئذ فيؤخذ من المنكر و يعطى بيد أمين الى أن يحضر الغائب و لعل الى هذه

↕

ص: ۲۱۶

الجهة نظر الشيخ فى الخلاف على المحكى عنه، لا من باب فصل الخصومة كى يحتاج إلى إثبات قيام بعض الوراث مقام الميت فى إثبات حقه بمناط فصل الخصومة كى يتأمل فيه متأمل.

ثمَّ المراد من البينة الكاملة فى كلماتهم هى البينة القائمة على انحصار الحق فيهما من جهة وجدانه الناشى عن خبرته بأحوال الميت، و أما لو لم يعلم بوجود وارث آخر، فعلى القول بجواز الشهادة على نفى الواقع بمقتضى الأصل فلا بأس بسماع مثله ما لم تعارض بينة أخرى كاملة فيحكم فصلا حينئذ على طبقها لعموم دليل ميزانيتها، و أما إن لم نقل به فلا بد أن يشهد على نفى العلم بوارث آخر.

و حينئذ فلا مجال للحكم بانحصار الحق فيهما بل غاية الأمر يثبت بهما مقدار متيقن من استحقاقه و البقية تنظر لكشف الحال، و لكن تنتزع من ذى اليد و تعطى بيد أمين الى ان ينكشف الأمر، بل لا بأس بإعطاء مقدار دعواه للمدعى بمقتضى الأصل لا بمناط الفصل كما هو ظاهر، و حينئذ ففى أخذ الضامن منه استظهارا كما عن المحقق فى شرائعه و وجوبه على المدعى الآخذ بمقتضى الأصل حقه نظر، بل و فى وجوب فحص الحاكم عن الوارث فى الإعطاء بملاك حجية الأصل المزبور نظر، لأن الأصول الموضوعية بإطلاق أدلتها محكمة.

و توهم الجواهر أن الأصل المزبور لا يقتضى انحصار الوارث، صحيح لو كان موضوع انتقال تمام المال جهة وجودية، و إلا فلو كان الموضوع كونه وارثا و لم يكن معه غيره، فلا بأس بتنقيح بعض الموضوع بالأصل و بعضه بالوجدان كما لا يخفى.

و إذا ماتت امرأة و ابنها فقال أخوها أن الولد مات أولا ثمَّ المرأة فالميراث بينه و بين زوجها نصفان، و قال الزوج عكس ذلك فالميراث كله له، فتارة يكون

↕

ص: ۲۱۷

تاریخ موت أحدهما معلوما، و اخرى یکونان مجهولی التاریخ: فعلى الأول فلا إشکال فی اقتضاء استصحاب حیاة مجهول التاریخ الى حین موت الآخر بلا معارضته باستصحاب عدم موت الآخر الى حین موت مجهول التاریخ لان الشک فی بقائه لی زمان الآخر فی الحقیقة مسبب عن الشک فی حدوث الموت قبله. و بعبارة أخرى مرجع الشک فی المقام الى الشک فی إضافة البقاء الى زمان الموت، و من المعلوم ان شأن الاستصحاب هو إحراز البقاء و نفی الشک عن نفسه بلحاظ الأثر المترتب علیه و لا یکون شأنه إثبات الخصوصیة و نفی الشک عنها مع الجزم بالبقاء الى زمان کذا، و ذلک بخلاف العکس فان الشک فیه متعلق بنفس بقائه إلى زمان موت معلوم التاریخ.

و هذه الجهة هی النکتة فی عدم معارضة الأصل فی معلوم التاریخ مع الأصل فی مجهوله، لا شبهة احتمال انتقاض الیقین بالیقین، و توضیح ذلک موکول الى محله، و علیه فیکون الأصل مع من یدعی تأخیر مجهول التاریخ عن معلومه فیقدم قوله حینئذ بیمینه، لأنه یمین على بقاء حیاته الى حین مورثه الذی هو فعل نفسه لا غیره.

و أما على الثانی فلا مجال لجریان الأصل فی واحد من الطرفین، فیلحق المورد بموارد التداعی من الطرفین، و فی مثله لا یکون میزان سوى البینة، و مع وجودها مع کل منهما یحکم على طبقها، و مع التعارض ینتهی الأمر إلى الوظائف الثلاثة المعروفة التی منها التنصیف بینهما، و أما مع عدم البینة فلا بد من توقیف القضاء فیه الى زمان تحقق المیزان، و لازمه حینئذ توقیف المال لا الحکم بکون ترکة الابن لأبیه بعد یمینه انه ما مات قبل امه، و لا بتنصیف الترکة بینهما بعد یمین الأخ انها ما مات قبل الابن.

إذ من المعلوم ان الحکم المزبور فرع إثبات مقارنة الموتین و عدم بقاء کل واحد الى حین موت الآخر، و لا یکفی فیه مجرد عدم الموت قبل الآخر لعدم

↨

ص: ۲۱۸

ترتب أثر علیه و لا على نقیضه أصلا کما لا یخفى. و حینئذ فما فی الشرائع من المصیر الى الحکم المزبور منظور فیه و اللّه العالم.

الاختلاف فی الأولاد

بقی فی المقام تتمة فی الإشارة إلى الوظیفة المقررة عند الاختلاف فی الأولاد فنقول: لا شبهة عندنا فی عدم اعتبار الظن الحاصل من القیافة و النسابة و أمثالهما لعدم دلیل على مثلها خصوصا مع ردعهم عنها کما عن ابی جعفر- ع- «من سمع قول قائف أو کاهن أو ساحر فصدقه أکبه اللّه على منخره فی النار» §الجواهر ج ۴۰ ص ۵۱۵.

§، و ما فی بعض الاخبار من حکمهم على طبق القیافة محمول على حصول القطع بها، و مثله قضیة شخصیة فی واقعة خاصة لا تصیر حجة کلیة.

ثمَّ بعد ذلک فان کان فی البین فراش صحیح لأحدهما یلحق بصاحبه، فیقدم قوله، و إلا فإن علم بالزنا فلا یلحق و مع الجهل فإن أمکن إقامة البینة علیه فهی المتبعة، و مع التعارض یؤخذ بالأرجح، و مع التساوی یؤخذ بالقرعة کما انه مع عدم البینة أیضا کان المرجع هو القرعة.

و عمدة الوجه فیه إطلاق ما عن زید بن أرقم من قوله فی ذیل الروایة: و ألحق الولد بمن أقرع و غرمه ثلثی قیمة الأم §المستدرک باب ۱۱ کیفیة الحکم.

§ و نظيره مضمونا ما عن الباقر (ع) المحكى فى الجواهر §الجواهر ج ۴۰ ص ۵۱۶.

§ فراجع الرواية.

↨

ص: ۲۱۹

و مقتضى الإطلاق فى هذه الروايات عدم الفرق فى مرجعية القرعة بين ما لو كان الواطيان المدعيان للولد مسلمين أو كافرين عبدين أو حرين أو مختلفين، بل فى صحيح الحلبى «إذا وقع الحر و العبد و المشرك على امرأة فى طهر واحد و ادعوا الولد أقرع بينهم و كان الولد للذى يقرع» §الوسائل باب ۱۰ ص أبواب ميراث ولد الملاعفة.

§ و حكى عن لقطة المبسوط، ان المسلم و الحر اولى، و لكن فى الجواهر دعوى استقرار الإجماع على خلافه خصوصا مع الإطلاقات السابقة مع عدم دليل للترجيح المزبور و اللّه العالم.

حرره الأقل الأحقر خادم الشريعة المطهرة ضياء الدين العراقى فى يوم الأحد من شهر رجب المرجب من شهور سنة ثلاث و ثلاثين من المائة الرابعة بعد الالف من الهجرة النبوية على هاجرها آلاف التحية و الثناء

↨

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فی سَبيلِ اللَّهِ ذلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بنُ موسَی الرِّضا – علَيهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْيَا أمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ يُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فی تلخیص بحار الأنوار، للعلّامة فیض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائمیّة" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیة الله "الشمس آبادی" – رَحِمَهُ اللهُ – کان أحداً من جَهابِذة هذه المدینة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَغَفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهِم) و لاسیَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بِساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجریّة الشمسیّة (=۱۳۸۰ الهجریّة القمریّة)، مؤسَّسةً و طریقةً لَم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز "القائمیّة" للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریّة القمریّة) تحتَ عنایة سماحة آیة الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ مِن خِرّیجی الحوزات العلمیّة و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّة، ثقافیّة و علمیّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشیعة و تبسیط ثقافة الثّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشّباب و عموم الناس إلی التّحَرِّی الأدَقّ للمسائل الدّینیّة، تخلیف المطالب النافعة – مکانَ البَلاتیثِ المبتذلة أو الرّدیئة – فی المحامیل (=الهواتف المنقولة) و الحواسیب (=الأجهزة الکمبیوتریّة)، تمهید أرضیّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثقافیّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققین و الطّلاّب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِج العلوم الإسلامیّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهیل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالـة الاجتماعيّة: التی یُمکِن نشرها و بثها بالأجهزة الحدیثة متصاعدة؛ علی أنه یُمکِن تسریعُ إبراز المَرافِق و التسهیلاتِ – فی آکناف البلد - و نشرِ الثقافةِ الاسلامیّة و الإیرانیّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمرکز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ کتبٍ، کتیبة، نشرة شهریّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقیقیّة و مکتبیة، قابلة للتشغیل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثـلاثیّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّکة و... الأماکن الدینیّة، السیاحیّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائمیّة" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخـَرَ

ه) إنتاج المُنتجات العرضیّة، الخـَطابات و... للعرض فی القنوات القمریّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعیّة، الاخلاقیّة و الاعتقادیّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسیم النظام التلقائیّ و الیدویّ للبلوتوث، ویب کشک، و الرّسائل القصیرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراکزَ طبیعیّة و اعتباریّة، منها بیوت الآیات العِظام، الحوزات العلمیّة، الجوامع، الأماکن الدینیّة کمسجد جَمکرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفیذ مشروع "ما قبلَ المدرسة" الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِکین فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعلیمیّة عمومیّة و دورات تربیة المربّی (حضوراً و افتراضاً) طیلة السَّنَة

المکتب الرّئیسیّ: إیران/أصبهان/ شارع"مسجد سیّد"/ ما بینَ شارع"پنج رَمَضان" ومُفترَق"وفائی"/بنایة"القائمیّة"

تاریخ التأسیس: ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریة القمریّة)

رقم التسجیل: ۲۳۷۳

الهویّة الوطنیّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البرید الالکترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاکس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مکتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التِجاریّة و المَبیعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمین ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

المیزانیّة الحالیّة لهذا المرکز، شـَعبیّة، تبرّعیّة، غیر حکومیّة، و غیر ربحیّة، اقتـُنِیَت باهتمام جمع من الخیّرین؛ لکنـَها لا تـُوافِی الحجمَ المتزاید و المتـَسِعَ للامور الدّینیّة و العلمیّة الحالیّة و مشاریع التوسعة الثـَقافیّة؛ لهذا فقد ترجَّی هذا المرکزُ صاحِبَ هذا البیتِ (المُسمَّی بالقائمیّة) و مع ذلک، یرجو مِن جانب سماحة بقیّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّریفَ) أن یُوفـِقَ الکلَّ توفیقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التمکن لکلّ احدٍ منهم – إیّانا فی هذا الأمر العظیم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفیق.